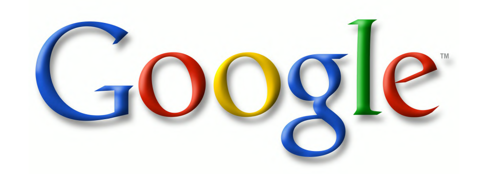
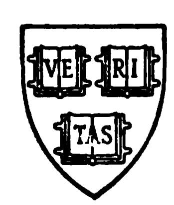

Google




VE RI
TAS

Belgium

DROIT CIVIL

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

Bruxelles. — Typ. Bruylant-Christophe & Cie.

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME DIX-HUITIÈME.

(4e ÉDITION.)



BRUXELLES
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, ÉDITEURS
SUCCESSEUR : ÉMILE BRUYLANT
RUE BLAES, 33.

PARIS
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
A. CHEVALIER-MARESCQ & Cie, SUCCESSEURS
RUE SOUFFLOT, 20

1887

FOR TX

L

TITRE IV.

DES OBLIGATIONS (suite).

CHAPITRE VII.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS (SUITE).

SECTION I. — Du payement (suite).

ARTICLE 3. Du payement avec subrogation (1).

§ Ier. *Notions générales.*

N° 1. BUT DE LA SUBROGATION ET FONDEMENT JURIDIQUE.

1. En principe, le payement éteint l'obligation d'une manière absolue, c'est-à-dire à l'égard de toutes les personnes intéressées et avec tous ses accessoires, les cautionnements, priviléges et hypothèques. Quand la dette principale est éteinte, il ne peut plus y avoir d'accessoires, parce qu'il n'y a pas d'accessoire sans principal; le bon sens est d'accord avec le droit pour dire que les garanties stipulées pour assurer le payement d'une dette n'ont plus de raison d'être du moment que la dette est payée.

Cela est élémentaire, et cela n'a même aucun intérêt

(1) Renusson, *Traité de la subrogation*, Paris, 1701, 1 vol. in-4°. (Il y a des éditions qui portent *Dernusson*.) Mourlon, *Traité des subrogations personnelles*, 1 vol. in-8°. Paris, 1848. Gauthier, *Traité de la subrogation de personnes*, 1 vol. in-8°. Paris, 1853.

quand c'est le débiteur qui paye; les cautions sont libérées et les priviléges et hypothèques sont éteints; personne n'est intéressé à ce que les cautions restent tenues, à ce que les garanties réelles subsistent. Il n'en est pas de même quand c'est un tiers qui paye pour le débiteur. Nous avons dit que ce tiers a toujours une action contre le débiteur, action de mandat, de gestion d'affaires ou *de in rem verso*, mais cette action est personnelle, sans garantie aucune, et un débiteur qui ne paye point ne présente guère de sûreté. Le tiers qui paye aurait donc grand intérêt à se prévaloir, contre le débiteur de la créance primitive, des droits du créancier qu'il paye. Cela se fait moyennant la subrogation qui met le tiers en lieu et place du créancier; de sorte qu'il peut exercer tous les droits qui appartenaient au créancier, cautionnements, priviléges et hypothèques.

La subrogation présente le même intérêt quand le débiteur a payé avec des deniers qu'il a empruntés. Il ne trouvera guère de prêteur disposé à lui avancer la somme qui lui est nécessaire pour s'acquitter de sa dette, quoiqu'il puisse y avoir grand avantage pour lui à l'acquitter. Les capitalistes ne donnent pas leurs fonds au débiteur qui ne paye pas ce qu'il doit, ils exigent des sûretés; quand la créance qu'il s'agit de payer est munie de garanties personnelles ou réelles, ils consentiront à lui faire les avances nécessaires si, de son côté, le débiteur peut les mettre en lieu et place du créancier en les subrogeant à ses droits.

Il y a ensuite des personnes intéressées à ce que la dette soit acquittée. La caution, le codébiteur solidaire y ont intérêt; car tant que la dette subsiste, ils sont tenus personnellement, et peuvent être poursuivis d'un instant à l'autre. S'ils payent, ils rendent service et au débiteur et au créancier; n'est-il pas juste qu'ils puissent invoquer les droits du créancier qu'ils désintéressent? Ceux qui sont détenteurs d'immeubles hypothéqués ont le même intérêt à payer les dettes pour lesquelles leurs biens sont grevés, et ils peuvent invoquer les mêmes considérations d'équité pour être subrogés aux droits du créancier.

2. Au point de vue pratique il est facile de justifier la subrogation. Elle profite à celui qui fait le payement, puisqu'il succède aux droits du créancier qu'il désintéresse, et ces garanties accessoires lui assurent le remboursement de ses avances. Le créancier reçoit ce qui lui est dû et ce que peut-être il n'aurait pas reçu de son débiteur. Quant aux tiers intéressés à l'extinction de la dette, cautions et créanciers hypothécaires, ils ne peuvent se plaindre de ce que la dette est maintenue, car le payement avec subrogation ne change pas leur position: que leur importe que la créance existe au profit du subrogé ou au profit du subrogeant? A leur égard, la dette ne peut s'éteindre définitivement que lorsque le débiteur l'a payée; jusque-là la caution sait qu'elle sera tenue, et les créanciers hypothécaires postérieurs doivent s'attendre à être primés par les créanciers antérieurs; ils ont contracté sous ces conditions.

Reste le débiteur, c'est le principal intéressé dans la subrogation, puisqu'il s'agit d'un payement. Il y a une subrogation qui se fait par son initiative et qui doit certes se faire dans son intérêt : c'est quand il fait un emprunt pour payer sa dette (art. 1250, 2°). Quant à la subrogation légale, la loi la fait par des raisons d'équité que le débiteur doit accepter; libéré envers son créancier primitif, il est obligé à l'égard du subrogé; cela doit lui être pour le moins indifférent, puisque son obligation reste la même. La subrogation qui se fait en faveur d'un tiers qui paye la dette pour le débiteur est généralement un service que le tiers rend au débiteur; c'est dans l'intérêt de la libération que la loi permet à un tiers non intéressé de payer la dette; il est vrai que la subrogation peut se faire à son insu, on admet même qu'elle pourrait se faire malgré lui : mais qu'importe? Le créancier pourrait céder sa créance malgré le débiteur, et la subrogation est plus favorable au débiteur que la cession.

En définitive, la subrogation concilie tous les intérêts. La loi la permet et la favorise, parce qu'elle a pour objet direct un payement qui libère le débiteur, et la libération est toujours favorable. Tel est le principe fondamental

sur lequel est fondée la subrogation qui accompagne le payement, et que pour cette raison on appelle payement avec subrogation.

3. Il est moins facile de justifier la subrogation au point de vue juridique. La doctrine et la jurisprudence sont divisées sur la question de savoir en quoi consiste la subrogation. Un tiers paye le créancier, qui consent à le subroger à ses droits. En quel sens le tiers est-il subrogé? Prend-il la place du créancier, de sorte que la créance même passe sur sa tête? Est-ce cette créance qu'il exerce avec les garanties accessoires qui y sont attachées? Ou la créance est-elle éteinte par le payement, et le subrogé n'a-t-il que l'action personnelle qui naît du payement, action de mandat ou de gestion d'affaires, mais garantie par les priviléges, hypothèques et cautionnement, qui étaient les accessoires de la créance que le tiers a payée, accessoires que la loi permet de lui transporter, et que par fois elle transporte elle-même?

Nous croyons que la créance elle-même, avec tous ses accessoires, passe du créancier au subrogé; c'est l'opinion qui tend à l'emporter dans la doctrine et dans la jurisprudence, mais il reste encore bien des hésitations et bien des inconséquences. Les auteurs du code ayant suivi en cette matière Pothier, c'est avant tout la tradition qu'il faut consulter. Or, la doctrine de Pothier n'est pas douteuse. Il définit la subrogation: « Une fiction de droit par laquelle le créancier est censé céder ses droits, actions, priviléges et hypothèques à celui de qui il reçoit son dû. » Pourquoi Pothier ne dit-il pas plus simplement que le subrogeant est censé céder sa créance? C'est que, d'après la subtilité du droit, la créance ne peut pas se céder, car elle consiste essentiellement dans un lien personnel que l'obligation crée entre le débiteur et le créancier, et ce lien ne se transporte pas d'une personne à une autre; voilà pourquoi les jurisconsultes romains avaient imaginé une cession d'actions que le cédant fait au cessionnaire; ce langage est resté celui de Pothier; sa pensée est donc que tous les droits qui naissent d'une créance passent du subrogeant au subrogé par une cession fictive. Notre droit

moderne ignore la subtilité, pour mieux dire, la finesse qui caractérise le droit romain; le code assimile entièrement la cession à une vente, et c'est la créance qui est vendue. Si donc la subrogation est une cession fictive, il en faut conclure que c'est la créance même du subrogeant qui est transportée au subrogé. Dans son traité des Obligations, Pothier emploie toujours l'expression *cession d'actions*, ce qui équivaut à dire que c'est la créance même qui est transportée au subrogé. Les explications qu'il donne ne laissent aucun doute sur sa pensée : « La dette, dit-il, n'est pas censée éteinte; la créance acquittée est réputée, en faveur de celui qui est subrogé, subsister avec tous les droits qui en dépendent (1). » Pothier lui-même n'est que l'organe de la tradition du XVI[e] siècle, le siècle des grands jurisconsultes. Dumoulin dit en parlant du subrogé : Il succède à tout le droit et au droit tel qu'il appartenait au cédant. Ailleurs il dit que la subrogation ne crée pas une nouvelle obligation, c'est toujours l'ancienne créance qui subsiste, sauf que la personne du créancier est changée, le subrogeant est remplacé par le subrogé (2). Renusson s'exprime dans le même sens; il dit que les *droits et actions* sont des termes synonymes que l'on joint ordinairement ensemble pour marquer que le subrogé a le *même droit* et la *même action* que le créancier auquel il a succédé : le débiteur demeure obligé au nouveau créancier subrogé, de même qu'il l'était à l'ancien qui a été payé; *il n'y a pas mutation de droit, il n'y a que mutation du créancier* (3). Il y a une autorité plus grande que celle des jurisconsultes, c'est celle du législateur. Eh bien, le premier édit sur la matière, celui de Henri IV de 1609, contient les mêmes expressions et, par conséquent, la même pensée : « Voulons qu'ils soient et demeurent de droit aux droits, hypothèques, noms (4), raisons et actions desdits anciens créanciers, sans autre cession et transport d'iceux. »

(1) Pothier, *Introduction à la Coutume d'Orléans*, titre XX, n° 66; *Traité des Obligations*, n[os] 519 et 522.
(2) Dumoulin, *Tract. de usuris*, n° 344 (*Op.*, t. II, p. 141).
(3) Renusson, *De la subrogation*, chap. IV, p. 100, n° 24.
(4) *Nomina*, créances.

Le langage du code est celui de la tradition qu'il a consacrée. Aux termes de l'article 1249, « la subrogation *dans les droits* du créancier au profit d'une tierce personne qui le paye est ou conventionnelle ou légale. » Ainsi la subrogation consiste à donner au subrogé les *droits* du créancier qu'il paye, tous les droits, sans exception : n'est-ce pas dire que le subrogé succède à la créance? qu'est-ce, en effet, que la créance, sinon les droits qui en résultent? L'article 1250, n° 1, reproduit les termes de la définition de Pothier : « Le créancier, recevant son payement d'une tierce personne, la subroge dans ses *droits, actions, priviléges* ou hypothèques contre le débiteur. » Si la subrogation ne transportait au subrogé que les garanties accessoires de la créance, pourquoi la loi parlerait-elle des *droits et actions?* Les *droits et actions* n'impliquent-ils pas, comme dit Renusson, que le tiers subrogé a contre le débiteur les mêmes droits qui appartenaient à l'ancien créancier dont il prend la place? Le n° 2 de l'article 1250 est plus concis tout ensemble et plus expressif : le débiteur qui emprunte une somme à l'effet de payer sa dette subroge le prêteur dans les *droits* du créancier. Il n'est pas question de garanties, de cautionnement, d'hypothèque, de privilége ; le débiteur transporte au prêteur les *droits* du créancier, donc la créance avec ses accessoires, car tel est bien le sens de l'expression *les droits*. Le code parle encore de subrogation dans d'autres articles; c'est toujours le même langage et la même pensée. D'après l'article 874, le légataire particulier qui a acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé demeure subrogé aux *droits* du créancier. Aux termes de l'article 2029, la caution qui a payé la dette est subrogée à *tous les droits* qu'avait le créancier contre le débiteur. Qui dit *tous les droits* ne dit-il pas avant tout la créance d'où dérivent ces droits?

Les textes du code reproduisent fidèlement la tradition. Cela devrait suffire pour prévenir tout doute sur la pensée du législateur. Du reste, les auteurs du code l'ont exprimée clairement dans les discours où ils exposaient les motifs de la législation nouvelle. Bigot-Préameneu,

dans l'Exposé des motifs de notre titre, dit : « Si celui qui paye se fait subroger, il n'y a plus payement, mais *transport de la créance.* » C'est identifier d'une manière trop absolue la subrogation et la cession, mais c'est aussi marquer énergiquement l'effet de la subrogation : la créance même est transportée au subrogé. Ecoutons le rapporteur du Tribunat, Jaubert, dont le rapport sur le titre des *Obligations* est une œuvre remarquable : « Si le créancier reçoit son payement d'un tiers, il peut *transporter tous ses droits* à ce tiers, avec tous les priviléges attachés à ces mêmes droits, même la contrainte par corps si la créance en était susceptible. » Le langage de Jaubert est si net qu'il ne permet plus aucune équivoque; on ne peut pas dire que l'expression *droits et actions* se rapporte aux garanties accessoires de la créance; le rapporteur du Tribunat distingue clairement, d'abord, les *droits* du créancier qui sont tous transportés au subrogé, puis *tous les priviléges* attachés à ces droits, et par là il entend toutes les garanties accessoires; il cite la contrainte par corps qui certes n'est pas un privilége, mais c'est une garantie accessoire; et la créance principale passant au subrogé, il va de soi que les accessoires lui appartiennent également. Enfin l'orateur du Tribunat est tout aussi explicite. « Il n'y a, dit Mouricault, que le payement pur et simple qui éteigne la dette, le payement avec subrogation la laisse *subsister.* » Ainsi la créance, quoique payée, n'est pas éteinte, elle *subsiste ;* donc c'est la créance qui passe du subrogeant au subrogé (1).

4. La démonstration est complète, nous semble-t-il; le texte est d'accord avec la tradition et avec l'esprit de la loi pour établir que c'est bien la créance, telle que la possédait le créancier subrogeant, qui est transportée au tiers subrogé. Cela est même si évident, que l'on pourrait nous demander pourquoi nous insistons si longuement sur une question qui n'en est pas une. C'est que l'opinion contraire est soutenue par le meilleur de nos ju-

(1) Exposé des motifs, n° 114 (Locré, t. VI, p. 168). Jaubert, Rapport, n° 20 (Locré, p. 209). Mouricault, Discours, n° 37 (Locré, p. 250).

risconsultes modernes, et la doctrine de Merlin, quoique généralement abandonnée, a laissé des traces dans la jurisprudence (1); il n'y a qu'un moyen de mettre fin aux inconséquences, c'est de formuler nettement le principe en l'appuyant sur des bases inébranlables. Merlin brille par la logique, il doit donc se trouver mal à l'aise sur le terrain des fictions, et la théorie de la subrogation repose tout entière sur une fiction.

Le code ne se sert pas de l'expression *subrogation*; le paragraphe II du chapitre qui traite du payement est intitulé : *Du payement avec subrogation*. Ce langage, dit-on, est remarquable : la subrogation ne fait qu'accompagner le payement; l'opération essentielle, appelée subrogation, consiste à payer une dette garantie par des droits accessoires; or, le payement éteint la créance; comment veut-on qu'une créance éteinte passe au subrogé? La subrogation aurait-elle la puissance de faire revivre une créance qui a cessé d'exister? Ce serait là un miracle, et le droit ne connaît pas de miracles. Nous répondons que la logique est un mauvais guide sur le terrain des fictions. Sans doute, le payement éteint la dette et une dette éteinte ne saurait revivre. Mais le payement avec subrogation n'est pas un payement ordinaire, c'est un payement qui n'éteint pas définitivement la dette; au moment même où la dette est payée, et avant qu'elle soit éteinte, le créancier transporte ses droits au subrogé. Cela n'empêche pas qu'il n'y ait payement, puisque le créancier reçoit ce qui lui est dû. Il y a donc tout ensemble extinction de la créance et transport de la créance. Ici nous entrons dans le domaine de la fiction. Comment concevoir qu'une créance soit éteinte par le payement et transportée par la subrogation? Elle est éteinte à l'égard du créancier, elle subsiste à l'égard du subrogé. Cela est absurde, dit Merlin. D'accord; il y a toujours un côté absurde dans les fictions, puisqu'elles sont en opposition avec la réalité des choses.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Subrogation*, sect. II, § 1, et la consultation de Grappe, professeur en droit, dans les *Questions de Merlin*, au mot *Subrogation de personne*, § I (t. XIV, p. 388). Bugnet s'est rallié à cette doctrine dans ses *Notes sur Pothier*, t. II, p. 136, 291 et 299.

Ne veut-on pas de l'absurdité, il faut rejeter la subrogation. Veut-on maintenir la subrogation, et il va sans dire que Merlin la maintient, alors il est impossible d'échapper à l'absurdité qu'elle implique. Aussi Merlin n'y échappe-t-il pas. La créance est éteinte, dit-il, elle ne passe pas au subrogé; voilà la logique satisfaite. Qu'est-ce donc qui passe au subrogé? Les garanties personnelles et réelles qui assuraient le payement de la créance. Mais ces garanties aussi ne sont-elles pas éteintes? Quand la créance principale est éteinte par le payement, conçoit-on qu'il subsiste encore des accessoires? Voilà une chose plus impossible encore à comprendre que la fiction du code. Quoi! la dette garantie par une hypothèque est éteinte et l'hypothèque subsiste, il y a un accessoire sans principal! La fiction du code est plus conséquente que celle de Merlin, elle maintient le principal et l'accessoire; par quelle fiction étrange, l'accessoire survivrait-il au principal, comme le veut Merlin?

Merlin insiste et dit qu'il y a un cas où la fiction est impossible, parce qu'elle n'a plus de sens. C'est le débiteur qui emprunte une somme pour payer sa dette et qui subroge le prêteur aux droits du créancier (art. 1250, n°1). Voilà l'idéal en fait d'absurde. Que le créancier soit censé céder ses droits, à la bonne heure; il peut faire une cession réelle, on conçoit donc qu'il fasse une cession fictive. Mais le débiteur peut-il céder des droits qui appartiennent à son créancier? et si cette cession est une absurdité au premier chef, n'en faut-il pas dire autant de la subrogation? Le débiteur ne peut pas plus subroger à des droits qui ne lui appartiennent pas qu'il ne peut les céder. Nous convenons que la subrogation par le débiteur heurte le droit aussi bien que le bon sens; nous dirons plus loin pourquoi néanmoins la loi l'admet. Est-ce que par hasard le système de Merlin échappe à cette absurdité? Le débiteur ne transporte pas la créance au prêteur, soit; cela suffit-il pour que la logique soit sauve? Le débiteur transporte les garanties accessoires. Cela est-il moins absurde? Est-ce que les garanties personnelles ou réelles appartiennent au débiteur? Non, certes, et néanmoins il en

dispose! Disposer du principal, dit-on, c'est le comble de l'absurde. Et disposer de l'accessoire sans le principal, cela est-il plus rationnel? Nous répétons que dans le domaine de la fiction, le système du code est plus conséquent.

Merlin ajoute que la subrogation, si elle transporte au subrogé la créance avec ses accessoires, se confond avec la cession qui n'est pas autre chose que ce transport. Or, le code traite de la subrogation au chapitre du *Payement*; il la qualifie toujours de payement avec subrogation, la subrogation ne joue donc qu'un rôle secondaire dans cette opération, c'est une simple modalité du payement. Donc, dit Merlin, cette théorie n'est pas celle du code; il n'y a qu'un moyen de distinguer la subrogation de la cession, c'est d'en limiter les effets aux garanties accessoires, tandis que la cession est le transport de la créance même. Notre réponse est toujours la même. Merlin ne veut pas tenir compte de la fiction qui est la base de la subrogation. Il aurait raison de dire que dans notre opinion l'on confond ce que la loi distingue : la subrogation et la cession; mais Pothier a soin de dire que la subrogation est une cession fictive, et il ajoute que cette fiction n'est pas absolue; nous reviendrons sur ce point (1).

5. Avant tout, il faut compléter la critique que nous faisons d'une opinion qui a pour elle une si grande autorité. Pourquoi la loi consacre-t-elle la fiction de la subrogation qui heurte parfois le droit autant que le bon sens? Elle veut favoriser la libération (n° 2). Que faut-il pour cela? Il faut que celui paye exerce tous les droits utiles qui appartenaient au créancier et il n'y a qu'un moyen d'atteindre ce but, c'est de lui transporter la créance même. Si l'on ne donne au subrogé que les accessoires de la créance, il y en aura qui ne pourront pas passer au subrogé. Il y a d'abord un obstacle légal. La subrogation aux garanties accessoires de la créance reste une fiction, fiction plus illogique encore que celle du code. Or, il n'y a pas de fiction légale sans loi, et la loi qui l'établit est de la plus stricte interprétation; on ne peut donc pas l'éten-

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II p. 612 et suiv.

dre hors des limites du texte. Et que disent nos textes? Les seules garanties accessoires dont ils parlent, ce sont les priviléges, hypothèques et cautionnements (art. 1250, n° 1, et art. 1252). Donc, ce sont là les seules garanties que la subrogation transmet au subrogé. Il y en a d'autres auxquelles il ne pourra pas succéder. Le subrogé pourrait-il profiter du titre exécutoire que possédait le subrogeant? D'après le texte du code, non, et pas davantage, d'après le principe sur lequel repose la théorie de Merlin; le subrogé n'a droit qu'aux accessoires de la créance; or, l'exécution parée n'est pas un accessoire de la créance, c'est un accessoire du titre, de l'acte, et l'écrit authentique ou le jugement sont complétement étrangers à la créance du subrogé qui naît du mandat ou de la gestion d'affaires; le titre du subrogeant ne peut passer au subrogé que s'il succède à tous les droits du subrogeant, c'est-à-dire si la créance lui est transportée, telle que le créancier l'avait, comme dit Dumoulin. Il en est de même de la contrainte par corps et de la compétence commerciale. Pour être logique, et ne faut-il pas l'être dans un système qui n'a d'autre fondement que des répugnances logiques ; pour être logique, disons-nous, il faudrait même refuser au subrogé l'hypothèque légale du créancier, car cette hypothèque n'est pas attachée à la créance, elle est donnée au créancier, à raison de son incapacité, et un pareil droit ne peut se transmettre comme accessoire, il faut que la créance même soit transportée (1).

En définitive, le système de Merlin aboutit à une subrogation incomplète, et c'est le plus grand reproche qu'on puisse lui faire. Le but du législateur est de favoriser la libération du débiteur, ce but est atteint dans l'opinion qui transporte tous les droits du créancier au tiers qui est disposé à le payer; tandis que le but est manqué, quand le subrogé ne succède pas à tous les droits du créancier, car ce qu'il y a d'incomplet dans la subrogation l'empêchera peut-être de payer, et alors la

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 355, n° 189 *bis* III.

libération ne se fera pas. C'est dire que le législateur voulant favoriser la libération du débiteur en créant une fiction, devait admettre la fiction complète.

6. Nous ne savons pas encore en quoi consiste cette fiction. Pothier est très-précis : il dit que la subrogation est une *fiction de droit* par laquelle le créancier est censé *céder* ses droits à celui qui le paye. Pourquoi la subrogation est-elle une fiction? et en quel sens cette fiction est-elle une cession? La subrogation accompagne le payement; le payement est un vrai payement; or, tout payement éteint la créance, ainsi que ses accessoires. Voilà la réalité des choses. Comment concevoir qu'une créance éteinte existe encore et soit transportée avec ses accessoires au subrogé? Ce ne peut être que par une fiction. La fiction, établie dans l'intérêt du subrogé, consiste en ceci, c'est qu'il est censé avoir plutôt acheté la créance que l'avoir payée. La subrogation est donc une cession fictive (1).

Est-ce que telle est aussi la théorie du code? Le mot de fiction ne se trouve pas dans nos textes, ni celui de cession. Mais cela ne prouve rien. Il s'agit de définir la subrogation et de déterminer son caractère juridique; or, le législateur recule devant les définitions et ne s'occupe pas de questions qui sont du domaine de la doctrine. Le silence de la loi ne prouve donc rien. Que la subrogation repose sur une fiction, cela ne saurait être nié. Pothier vient de nous le dire et de le prouver. Le payement fait avec subrogation est un vrai payement, donc il éteint la créance, et néanmoins la créance est transportée au tiers qui paye le créancier et voilà la fiction : elle est évidente. Il est tout aussi certain que la fiction doit être une cession; c'est le seul moyen juridique par lequel la créance puisse passer du créancier au tiers; le tiers est donc censé acheter la créance. Telle est, au fond, l'opinion de tous les auteurs; seulement les uns limitent la fiction aux accessoires de la créance, tandis que les autres l'appliquent à la créance elle-même.

(1) Pothier, *Introduction à la Coutume d'Orléans*, tit. XX, nos 66 et 67.

Les orateurs du gouvernement et du Tribunat s'expriment dans le même sens, ils ne prononcent pas le nom de cession, mais ils disent la chose. A vrai dire, le mot de *cession* n'est pas le terme technique dont le code se sert pour marquer la vente d'une créance; le chapitre VIII du titre de la *Vente*, qui traite de cette matière, est intitulé: « Du *transport* des créances et autres droits incorporels. » Eh bien, Bigot-Préameneu dit en toutes lettres, dans l'Exposé des motifs, que si le tiers qui paye se fait subroger aux droits du créancier, ce n'est plus un payement, c'est un *transport* de l'obligation. Cela est trop absolu; plus loin l'orateur du gouvernement dit que l'acte par lequel le créancier subroge le tiers qui le paye dans ses droits contre le débiteur diffère du transport de la créance (1); en cela il ne fait que suivre Pothier qui, après avoir dit que la subrogation est une cession fictive, explique les différences qui existent entre la subrogation et la cession. Jaubert, qui était un théoricien, est plus explicite : « Si le créancier reçoit volontairement d'un tiers, il peut *transporter* tous ses droits à ce tiers, ce tiers devient *cessionnaire* (2). » Voilà les deux termes par lesquels on indique la vente d'une créance, c'est un *transport-cession*. Mouricault, l'orateur du Tribunat, se place sur le terrain pratique, et là il paraît n'y avoir aucune différence entre la cession et la subrogation. Celui, dit-il, qui intervient pour payer le créancier, et désire la subrogation, n'a d'autre motif apparent que d'*acquérir* la créance; il faut donc qu'il s'adresse aux propriétaires de cette créance (3): c'est dire qu'il y a achat de la créance par le subrogé.

7. On pourrait induire des paroles de l'orateur du Tribunat que la subrogation est une véritable vente; ce serait dépasser sa pensée; il ne se proposait pas d'examiner s'il y a une différence entre la cession et la subrogation, il marquait seulement en passant quel était le caractère de la subrogation; elle implique un transport de créance; mais le transport est fictif, car, en réa-

(1) Exposé des motifs, nos 114 et 128 (Locré, t. VI, p. 168 et 170).
(2) Jaubert, Rapport, n° 20 (Locré, t. VI, p. 209).
(3) Mouricault, Discours, n° 37 (Locré, t. VI, p. 250).

lité, il y a un payement, et une créance éteinte par le payement ne peut pas être cédée. Il faut donc maintenir l'élément de fiction. C'est un point très-important, non-seulement au point de vue de la théorie, mais aussi pour l'application de la loi. Si la subrogation était une véritable vente, elle resterait dans le droit commun, et il faudrait interpréter les dispositions de la loi d'une manière extensive, comme on le fait de toutes les dispositions qui concernent les contrats. Tandis que, si la subrogation est une fiction légale, elle est de la plus stricte interprétation. D'abord elle est de droit étroit, comme le dit la cour de Poitiers, et ne peut être admise hors des cas prévus par la loi (1); puis elle doit être restreinte, quant à ses effets, dans les limites que la loi a tracées, c'est-à-dire qu'il faut voir en quoi consiste la fiction, au profit de qui elle est établie et à l'égard de qui la fiction est étrangère. C'est parce que la jurisprudence ne procède pas d'un principe certain en cette matière, qu'elle est si hésitante et si remplie de contradictions.

Il a été jugé, par application de ce principe, qu'un bordereau de collocation ne subroge pas le créancier aux droits de son débiteur. En effet, il n'y a, dans ce cas, ni subrogation conventionnelle, en vertu de l'article 1250, ni subrogation légale, en vertu de l'article 1251; donc il n'y a aucune cause qui permette au créancier de demander contre l'acquéreur la résolution de la vente pour défaut de payement du prix (2).

8. Nous allons voir d'autres conséquences de notre principe; avant tout il faut le défendre contre ceux qui nient toute fiction en assimilant entièrement la subrogation à un transport de créance. Les premiers commentateurs du code s'y sont trompés; ils ont pris au pied de la lettre ce que Dumoulin disait des effets de la subrogation : elle a le même effet, dit-il, que si la créance avait été vendue au subrogé. Cela est vrai en un certain sens, mais cela ne veut pas dire que la subrogation soit

(1) Poitiers, 22 avril 1825 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 2351, 3°).
(2) Orléans, 18 novembre 1836 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2426, 3°).



une vente. C'est néanmoins la conclusion que Toullier en tire : Il n'y a pas de différence, dit-il, entre la cession et la subrogation consenties par le créancier ; ou, si l'on en veut trouver une, il faut dire qu'il existe entre elles la même différence qu'entre la cause et l'effet. La cession est la cause, la subrogation est l'effet. Le tiers qui paye n'est subrogé ou mis dans la place du créancier que par la cession des droits de ce dernier. C'est par elle que le subrogé lui succède et représente sa personne (1). Toullier perd de vue que la subrogation accompagne le payement ; le code l'appelle un payement avec subrogation ; l'élément essentiel de la convention qui intervient entre le créancier et le tiers est donc un payement ; or, le payement éteint la créance ; comment concevoir qu'au moment même où la créance est éteinte elle soit vendue ? Pothier a raison de dire que cela ne se comprend que par une fiction et la fiction n'est jamais l'image exacte de la réalité ; le créancier est *censé* céder sa créance : voilà la fiction. La cession est donc fictive, et nous allons voir que la fiction diffère en bien des points de la réalité.

9. Peut-on effacer la fiction et assimiler entièrement la subrogation à un transport de créance ? Cette confusion altérerait la notion de la subrogation. Le code en parle au chapitre du *Payement*, tandis qu'il traite de la véritable cession au titre de la *Vente*. Cela suffit pour établir une distinction fondamentale entre la subrogation et le transport d'une créance : l'une est un payement et l'autre est une vente. Cette différence, qui résulte de la nature des choses et que le code consacre par sa classification, est cependant méconnue dans l'application, tantôt par les auteurs, tantôt par la jurisprudence.

La cour d'Aix a nettement établi la différence qui existe entre la subrogation et la cession. Elle dit très-bien que l'objet principal et direct de la vente est de transporter la créance sur la tête de quelqu'un qui l'achète, tandis que la subrogation n'est que l'accessoire d'un payement fait pour libérer le débiteur et éteindre une obligation.

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 102, n° 118. Delvincourt, t. II, p. 559.

Dans la vente d'une créance, la commune intention des parties est d'aliéner et d'acquérir; au contraire, lorsqu'il se fait un payement avec subrogation, le créancier qui subroge a l'intention, non pas de vendre, mais d'obtenir le payement de ce qui lui est dû. Cet arrêt a été cassé. Que dit la cour de cassation? Que la subrogation consentie par le créancier a pour effet la transmission d'une créance, ainsi que de tous les droits qui s'y rattachent; la cour en conclut que cette subrogation reste soumise aux règles de la cession (1). La cour de cassation ne décide pas en termes absolus que la subrogation est un transport de créance; sa décision est spéciale, elle ne s'applique qu'à la subrogation conventionnelle de l'article 1250, n° 1, c'est-à-dire à la subrogation consentie par le créancier. Il y aurait donc deux espèces de subrogations : l'une serait une cession, et l'autre, que serait-elle? La cour de cassation ne le dit point. Si l'on demandait à la cour sur quoi elle fonde cette distinction? Ce n'est certes pas sur les textes, car nos textes ignorent la distinction imaginée par la cour. Le code ne connaît qu'une seule subrogation, celle qui donne au tiers subrogé tous les droits du créancier qu'il paye (art. 1249). La subrogation peut être conventionnelle ou légale; le code n'établit aucune différence entre ces deux espèces de subrogations, quant aux effets qu'elles produisent, bien moins encore entre les deux cas de subrogation conventionnelle de l'article 1250. Il faut donc dire que toute subrogation est une cession, ou qu'aucune subrogation n'est une cession véritable. La cour de cassation n'ose pas dire que toute subrogation est une cession, cela serait absurde. Il y a des cas de subrogation légale; dira-t-on que ce sont des ventes légales? Une vente légale est un non-sens. Il y a une subrogation conventionnelle consentie par le débiteur; dira-t-on que le débiteur vend la créance, alors que c'est le créancier qui en est le propriétaire? Encore un non-sens. Si toutes ces subrogations ne sont pas des ventes, il faut dire qu'aucune subrogation n'est une vente,

(1) Cassation, 4 février 1846 (Dalloz, 1846, 1, 49).

car la loi ne fait aucune différence entre les divers cas de subrogation. Cela nous paraît décisif au point de vue des textes, et ne sont-ce pas les textes qu'il faut consulter quand il s'agit de fictions?

10. La distinction que nous combattons a trouvé faveur en matière fiscale. Quels droits faut-il percevoir sur l'acte de subrogation? D'après les principes du droit civil, il faudrait répondre que la subrogation est un payement, que le payement est constaté par la quittance, que, par conséquent, il n'y a qu'un droit de quittance à percevoir. Nous comprenons que la régie n'ait pas admis une doctrine qui permettrait d'échapper aux droits établis pour la cession d'une créance; il suffirait de la déguiser sous la forme d'un acte de subrogation. La subrogation donne au subrogé les mêmes avantages qu'un acte de vente; pourquoi ne payerait-il pas les mêmes droits? Au point de vue fiscal, cela est évident. Mais comment motiver cette distinction? On ne peut le faire qu'en prenant appui sur le droit civil; or, le droit civil ne distingue pas. Un excellent jurisconsulte a essayé de justifier la jurisprudence de la régie. Championnière écarte d'abord la subrogation légale; le but unique du législateur, dit-il, a été la libération du débiteur; il veut faciliter les moyens de faire payer sa dette; pour cela il n'avait besoin que de transmettre à celui qui paye les priviléges et hypothèques de la créance qu'il s'agit d'éteindre; il n'est pas nécessaire de céder la créance, et de fait il n'y a pas de cession de créance dans les divers cas de subrogation légale. Reste la subrogation conventionnelle. Quand elle se fait par le débiteur, il y a, outre le payement, un emprunt. Quant à la subrogation consentie par le créancier, c'est une cession fictive, selon Pothier; on peut donc exiger le droit de cession de créance (1). L'argumentation nous paraît très-faible. Pothier ne limite pas la définition de la subrogation au cas où le créancier consent la subrogation; toute subrogation est une fiction, car toute subrogation accompagne le payement; il y a donc dans toute

(1) Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. II, p. 267, nos 1245-1252.

subrogation un mélange de payement, ce qui est le fait réel; et de cession, ce qui est la fiction légale. La distinction de Championnière manque de base ; elle n'en a ni dans la tradition, ni dans les principes, et le texte du code y est également contraire; il ignore toute distinction, il ne connaît qu'une seule subrogation, et il y attache les mêmes effets, qu'elle soit conventionnelle ou légale, qu'elle soit consentie par le créancier ou par le débiteur.

La jurisprudence a consacré le système de la régie. Mais grand est l'embarras des tribunaux quand il s'agit de motiver leurs décisions. Nous citerons un arrêt de la cour de cassation de Belgique. Elle a décidé, comme le font les cours de France, que l'acte par lequel le créancier reconnaît avoir reçu une somme d'un tiers payant pour compte et à la décharge du débiteur, avec subrogation expresse au profit du tiers, ne contient pas une quittance pure et simple, que c'est un transport de créance soumis au droit d'un pour cent. Le tribunal de Gand avait jugé, conformément à la doctrine de Merlin, que le payement éteint la première créance et que la subrogation ne la fait pas revivre, que son seul effet est de transmettre au subrogé les garanties accessoires de l'ancienne créance. Cette décision était en opposition avec la lettre de la convention et avec le texte de l'article 1250, n° 1, que l'acte reproduisait littéralement. Restait à qualifier le fait juridique, tel qu'il est consacré par loi. Il est impossible, dit la cour, qu'une subrogation telle qu'elle est qualifiée dans cet article, ne constitue pas une cession de créance (1). C'est une affirmation énergique, mais ce n'est qu'une affirmation, et affirmer n'est pas prouver. La cour met la subrogation consentie par le créancier absolument sur la même ligne que la cession, elle les identifie. Ainsi formulée, la décision de la cour est en opposition avec la tradition, avec les principes et avec le texte du code. C'est ce que la cour elle-même a reconnu dans un arrêt postérieur où les intérêts du fisc n'étaient point en cause. Nous y reviendrons.

(1) Cassation, 3 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 1, 410).

En résumé, la théorie fiscale n'a aucune base juridique. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il y a une lacune dans la loi sur l'enregistrement. La subrogation n'est pas un simple payement, elle accompagne le payement et transporte la créance payée au subrogé; mais la subrogation n'est pas non plus une pure cession; il y a des différences essentielles que nous allons signaler. La loi fiscale aurait donc dû mentionner la subrogation à part en la tarifant

N° 2. SUBROGATION ET CESSION.

11. Nous admettons avec Pothier que la subrogation est une cession fictive. Si la fiction était identique avec la réalité, il en faudrait conclure que la subrogation produit tous les effets d'une cession de créance. Mais la conclusion pèche par sa base. La fiction, loin d'être l'expression exacte de la réalité, est, au contraire, en opposition avec la réalité, sans cela le législateur n'aurait pas besoin de feindre. Pothier nous dit en quoi consiste la fiction et quelle est la réalité. Le payement, quoique fait avec subrogation, est un vrai payement, et telle est certainement la théorie du code, puisqu'il qualifie le fait juridique de *payement avec subrogation*. Ce n'est que par une fiction que le subrogé est censé avoir acheté la créance. On peut donc dire que la subrogation est une cession fictive, tandis que la cession véritable est une vente. Quelle différence y a-t-il entre la cession véritable et la cession fictive qui existe dans le payement avec subrogation?

Le payement, quoique fait avec subrogation, dit Pothier, est un vrai payement; or, l'objet essentiel du payement, c'est l'extinction d'une dette, la libération du débiteur. Ce caractère subsiste dans le payement avec subrogation. Vainement dit-on que le tiers qui se fait subroger a encore un autre but, celui de succéder aux droits du créancier; nous répondons que ce n'est pas là un but, c'est un moyen. Le tiers qui paye la dette fait une avance, il veut rentrer dans son avance; c'est pour

avoir une garantie qu'elle lui sera remboursée qu'il stipule la subrogation; il se contenterait des accessoires s'il pouvait succéder aux droits accessoires sans succéder au droit principal. Ainsi la subrogation n'est pas pour le subrogé une spéculation, il ne veut pas acquérir la créance, il veut s'assurer son remboursement. Il en est autrement dans le transport d'une créance; c'est une vente et toute vente est une spéculation; le vendeur cherche à vendre aussi cher que possible, l'acheteur à payer le moindre prix. Le but de l'acheteur est d'acquérir la créance, en tâchant d'obtenir le montant intégral de la créance, quoiqu'il l'ait achetée au-dessous de la valeur nominale : c'est en cela que consiste la spéculation. Ainsi le cessionnaire n'entend pas du tout libérer le débiteur; la cession a d'ordinaire pour effet d'aggraver sa condition, car le cessionnaire, achetant pour spéculer, se montrera plus sévère que le cédant. Aussi la loi qui favorise la libération, et par suite le payement avec subrogation, est-elle loin de favoriser la cession de créances, elle s'en défie; elle craint les abus, elle entrave jusqu'au droit de propriété et permet d'exproprier le cessionnaire quand la cession a pour objet un droit litigieux (art. 1699); elle défend à certaines personnes d'acheter des droits litigieux (art. 1597) ou même des droits non litigieux (article 450). Aucune de ces restrictions n'existe pour la subrogation; loin de là, la loi la favorise.

Il y a cependant dans la subrogation une cession fictive. Quel est l'objet de la fiction, et à l'égard de qui produit-elle des effets? La fiction est étrangère au créancier, en ce sens que ce n'est pas dans son intérêt qu'elle est établie. Il reçoit ce qui lui est dû; donc à son égard, comme le dit Pothier, le payement, quoique fait avec subrogation, est un véritable payement. Il est vrai que la subrogation est une cession fictive et le créancier y figure comme cédant, c'est-à-dire comme vendeur, mais ce n'est pas lui qui demande à vendre; il n'y a aucun intérêt, il a droit à la somme qu'il touche. C'est le tiers, dont il reçoit son payement, qui est intéressé à succéder aux droits du créancier, et pour y arriver on feint une cession;

Le tiers est censé acheter la créance avec ses accessoires; ce qu'il paye au créancier est censé le prix de la vente. Cette fiction est étrangère au créancier, il ne reçoit pas un prix de vente, il reçoit le payement de ce qui lui est dû. Si la fiction est étrangère au créancier, elle ne peut ni lui profiter, ni lui nuire; elle ne lui profite pas, puisqu'il aurait reçu son dû sans la subrogation; elle ne lui nuit pas, parce qu'il serait contraire à tout principe qu'une fiction imaginée dans l'intérêt du tiers subrogé pût être invoquée contre le créancier à qui elle est étrangère. La fiction n'a d'effet qu'à l'égard du subrogé; c'est pour lui qu'elle a été créée, elle ne profite qu'à lui. Sous ce rapport encore, la fiction d'une cession diffère grandement de la cession véritable; la cession est une vente et la vente profite au vendeur aussi bien qu'à l'acheteur; elle est, du moins, contractée dans un intérêt réciproque, c'est pour cela qu'on l'appelle un contrat commutatif (1).

12. De ce principe découlent des conséquences importantes. Elles sont la plupart controversées, cela tient à l'incertitude qui règne toujours sur le principe; une fois le principe admis, les conséquences ne sauraient être douteuses. La cession est une vente; pour vendre il faut avoir la capacité d'aliéner; celui qui est incapable d'aliéner est par cela même incapable de céder une créance. La subrogation est un payement; donc celui qui est capable de recevoir un payement peut consentir une subrogation. Que l'on n'objecte pas que la subrogation implique une cession; une cession fictive, oui; mais la fiction est étrangère au subrogeant, à son égard la subrogation n'est qu'un payement : ce qui est décisif. De là suit que le cocréancier solidaire ne peut pas céder la créance commune, car il n'en est pas le maître (2), mais il peut consentir une subrogation, car il a mandat de recevoir le payement. Cela est aussi fondé en raison. Le

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 173, § 321. Mourlon, *De la subrogation*, p. 12. Colmet de Santerre, t. V, p. 358, n° 189 *bis* VII La cour de cassation de Belgique a nettement décidé la question en ce sens, par arrêt du 12 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 1, 34).
(2) Voyez le tome XVII de mes *Principes*, n°s 259, p. 263.



créancier solidaire ne peut faire que ce qui est utile à ses cocréanciers; or, la cession de la créance pourrait leur être désavantageuse, tandis que la subrogation ne peut jamais leur nuire. Par la même raison, le mari administrateur sous le régime de la communauté légale ne peut céder une créance personnelle à sa femme, car il n'a pas le droit d'aliéner ce qui appartient à sa femme; mais il peut, en recevant le payement de ce qui lui est dû, subroger le tiers qui le paye aux droits de la femme créancière, car, comme administrateur, il a le droit de recevoir le payement des créances personnelles à la femme, et la subrogation est un payement.

Par contre, certaines personnes sont incapables d'acheter une créance, bien qu'elles aient capacité de recevoir le payement. Le tuteur ne peut accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille (art. 450). Peut-il stipuler la subrogation en faisant un payement volontaire pour son pupille? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Payer avec subrogation, c'est faire un payement, ce n'est pas acheter. Vainement dira-t-on que le tuteur acquiert par la subrogation une créance contre son pupille, ce que la loi défend. Non, la loi défend au tuteur d'acheter une créance contre son pupille, elle ne lui défend pas de payer avec subrogation. La distinction est fondée en raison. Acheter une créance, c'est spéculer; or, la loi ne permet pas au tuteur de spéculer aux dépens de son pupille, tandis que payer, c'est libérer le débiteur; le payement avec subrogation ne peut qu'être favorable au mineur, tandis que la cession pourrait lui être onéreuse. On objecte que rien ne sera plus facile au tuteur que d'éluder la prohibition de la loi, en faisant, sous le nom de subrogation, une cession prohibée. Nous répondons que la fraude ne prouve pas contre le droit; si la fraude est prouvée, l'acte sera annulé (1).

13. Les conditions requises pour la validité de la cession diffèrent de celles que la loi prescrit pour la validité de la subrogation. Nous ne parlons pas de la subrogation

(1) Mourlon, *De la subrogation*, p. 14, 29 et suiv. Gauthier, p. 101 et suiv., nos 103 et 104. En sens contraire, Duranton, t. XII, p. 188, nos 121 et 122

légale, il n'y a pas de vente légale. Nous parlons de la subrogation consentie par le débiteur ; il ne peut pas vendre ce qui ne lui appartient pas, il ne peut donc pas vendre la créance; la loi lui permet néanmoins de subroger le prêteur aux droits du créancier; c'est dire que la subrogation n'est pas une cession. La subrogation consentie par le créancier ressemble à une cession, puisque la convention aboutit à transporter la créance payée au tiers qui a fait le payement. Néanmoins les conditions diffèrent. L'article 1250, n° 1, veut que la subrogation soit expresse et faite en même temps que le payement; ces conditions sont requises, parce que la subrogation est une fiction, elles sont étrangères à la vente qui est une opération réelle sans fiction aucune. C'est la remarque faite par la cour de cassation de Belgique (1).

Il y a aussi une différence quant aux conditions de forme. Aux termes de l'article 1690, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ou par l'acceptation que ferait le débiteur du transport dans un acte authentique. La loi ne prescrit pas cette formalité pour la subrogation, alors même qu'elle serait consentie par le créancier; donc la subrogation existe à l'égard des tiers comme entre les parties, dès que le créancier l'a consentie, comme le veut l'article 1250, d'une manière expresse et au moment où il reçoit le payement. La question est cependant très-controversée, ce qui prouve que le principe est toujours incertain. Qu'importe, dit-on, qu'il y ait transport ou subrogation? Dans l'un et l'autre cas, la créance passe au subrogé comme au cessionnaire; dans l'un et dans l'autre cas, le débiteur et les tiers ont intérêt à connaître le changement qui s'est opéré dans la personne du créancier; donc on doit observer pour la subrogation les formes prescrites pour la cession. En théorie, cela est très-vrai; aussi le législateur belge, en prescrivant l'inscription des cessions de créances hypothécaires et privilégiées, a-t-il soumis à la même formalité la subrogation quand

(1) Rejet, 12 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 1, 54).

elle a pour objet une créance garantie par un privilége ou par une hypothèque (loi hypoth., art. 5).

Mais ce que le législateur peut faire, l'interprète ne le peut pas. En vain dit-on que la subrogation est un transport; nou savons d'avance répondu à l'objection. Non, la subrogation n'est pas une cession; seulement les mêmes motifs pour lesquels la loi prescrit certaines formalités dans l'intérêt des tiers, en cas de cession, existent en cas de subrogation. Quoique ces actes diffèrent à bien des égards, ici il y a analogie; mais l'analogie ne suffit point pour que l'interprète étende à la subrogation des conditions et des formes que la loi n'établit que pour le transport. Toutefois les auteurs qui enseignent que la subrogation ne doit être ni notifiée ni acceptée s'accordent à dire que la prudence exige que le subrogé fasse connaître la subrogation au débiteur et même à la caution; car dans l'ignorance où ils seraient de la subrogation, ils pourraient payer au subrogeant leur ancien créancier et le payement serait certainement valable, puisqu'il aurait été fait au possesseur de la créance (art. 1240), mais une notification quelconque, une simple lettre même suffiraient (1).

La jurisprudence est divisée comme la doctrine. Notre cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion que nous venons d'enseigner par un arrêt très-bien motivé. La cour pose en principe que le payement avec subrogation consentie par le créancier est une convention qui diffère du transport de créance; l'une est un payement, dont la loi traite au chapitre du *Payement;* l'autre est une vente, et la loi en traite au titre de la *Vente*. Il est vrai que la subrogation contient une cession fictive. Mais jusqu'où doit aller la fiction? La cour de Douai répond très-bien que l'article 1250 décide la question; c'est au législateur et à lui seul à déterminer les effets que doit produire la cession fictive; il le dit dans l'article 1250, cela est décisif; l'interprète ne peut pas aller plus loin

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 174, note 21, § 321. Colmet de Santerre, t. IV, p. 360, n° 189 *bis* X. Demolombe, t. XXVII, p. 280, n° 329. En sens contraire, la plupart des auteurs.

sans étendre une fiction légale, et il n'a pas ce droit (1).

14. L'article 1693 porte : « Celui qui vend une créance ou autre droit incorporel doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie. » C'est le droit commun en matière de vente. Le créancier qui consent la subrogation est-il aussi tenu de la garantie, si la créance dont il a reçu le payement n'existait pas lors de la subrogation? Non, car il n'est pas vendeur, il ne peut donc être tenu des obligations que la loi impose à celui qui vend. Il reçoit ce qui lui est dû, dit Renusson (2); s'il reçoit ce qui ne lui est pas dû, il y a lieu à la répétition de l'indû, mais il ne saurait être question de garantie là où il n'y a point de vente. Il est vrai qu'il y a une cession fictive dans la subrogation; le créancier qui subroge cède ses actions; oui, dit Dumoulin, mais telles qu'il les a (3). Pothier résume la tradition tout ensemble et la vraie doctrine en écrivant : « La subrogation diffère du transport en ce que le créancier qui a subrogé à ses droits celui de qui il a reçu son dû n'étant réputé vendre et transporter sa créance que par une pure fiction qui ne doit pas lui préjudicier, il ne s'oblige à aucune garantie (4). » L'orateur du gouvernement, qui a exposé les motifs du titre des *Obligations*, reproduit cette doctrine : « Le transport est une aliénation qui de droit emporte la garantie à laquelle le créancier reste obligé. Par le payement avec subrogation toute obligation est éteinte à l'égard du créancier et, par conséquent, il n'en contracte aucune à l'égard du subrogé (5).

Ainsi les auteurs du code, d'accord avec la tradition, distinguent nettement la subrogation qui est un payement de la cession qui est une vente. La conséquence qui découle du principe est évidente, la cour de cassation de Belgique l'a formulée : le cédant est tenu de la garantie,

(1) Arrêt précité de la cour de cassation de Belgique (p. 27, note 1). Douai, 27 juillet 1857 (Dalloz, 1858, 2, 51). En sens contraire, Paris, 15 juillet 1856, non motivé (Dalloz, 1857, 2, 121).
(2) Renusson, *De la subrogation*, chap. II, p. 29, n° 22.
(3) Dumoulin, *De usuris*, n° 672 (*Op.*, t. II, p. 277).
(4) Pothier, *Introduction à la coutume d'Orléans*, tit. XX, n° 66.
(5) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 128 (Locré, t. VI, p. 170).

le créancier subrogeant n'en est pas tenu (1). La cour de cassation de France s'est prononcée pour l'opinion contraire, sur les conclusions de Delangle; nous ne connaissons pas ces conclusions et l'arrêt de la cour est à peine motivé. Elle pose en principe, ce qu'il fallait démontrer, que la subrogation consentie par le créancier, *ayant pour objet la transmission d'une créance*, reste soumise aux règles d'une cession; d'où elle conclut que, de même qu'en matière de cession, l'existence de la créance à céder est la condition essentielle de la validité de la subrogation (2). Non, la subrogation n'a pas pour objet la transmission d'une créance; le texte même du code dit le contraire, car il la qualifie de *payement* avec subrogation; c'est donc le payement qui est l'objet du fait juridique, et le payement peut-il obliger le créancier qui le reçoit? Ce payement, sans doute, n'est pas un payement ordinaire, car le créancier transmet sa créance au tiers qui le paye. Voilà, dira-t-on, le transport. Oui, mais un transport fictif; et qui donne à la cour de cassation le droit d'étendre à une cession fictive ce que la loi dit d'une cession réelle? Il est très-vrai que l'existence de la créance est nécessaire pour qu'il y ait subrogation, comme elle est nécessaire pour qu'il y ait vente; mais là n'est pas la question; il s'agit de savoir quels sont les effets d'un vente quand la chose vendue n'existe pas, et quels sont les effets du payement avec subrogation quand le subrogé a payé une créance qui n'existait point. Or, les différenees sont grandes dans l'une et l'autre hypothèse.

Le créancier cède une créance qui n'existe pas; il est tenu de la garantir (art. 1693). Si le créancier reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, il s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. La garantie et la répétition de l'indû sont-ils par hasard un seul et même droit?

Celui qui agit en garantie n'a qu'une chose à prouver, la non-existence de la créance. Celui qui agit en répéti-

(1) Rejet, 12 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 1, 34).
(2) Cassation, 4 février 1846 (Dalloz, 1846, 1, 49), et sur renvoi, Montpellier, 15 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 2, 29).

tion de l'indû a des preuves difficiles à faire : il faut qu'il prouve le payement, puis que ce payement a été fait par erreur, et sans qu'il y eût une dette à sa charge. Les résultats de l'une et de l'autre action diffèrent également. Celui qui agit en garantie est pleinement indemnisé de la perte qu'il a subie et du gain qu'il n'a point fait. Le créancier qui reçoit ce qui ne lui est pas dû doit restituer ce qu'il a reçu, mais seulement en tant qu'il s'est enrichi, s'il est de bonne foi; c'est seulement quand il est de mauvaise foi qu'il doit la réparation de tout le préjudice qu'il a causé par son dol. Il y a d'autres différences que nous négligeons. Il importe donc beaucoup de savoir si le créancier doit la garantie, ou s'il est tenu de restituer ce qu'il a indûment reçu. La cour de cassation confond donc deux ordres d'idées tout à fait distincts (1).

15. L'article 1252 établit le principe que la subrogation ne peut nuire au créancier; la loi en conclut que s'il n'est payé qu'en partie, il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel. Nous reviendrons sur cette disposition que l'on a eu tort de critiquer; le créancier ne reçoit que ce qui lui est dû; s'il consent la subrogation, c'est uniquement dans l'intérêt du subrogé; de là suit qu'on ne peut jamais se prévaloir de la subrogation contre lui. Il en est tout autrement de la cession : le créancier qui cède une partie de sa créance ne pourrait pas invoquer l'art. 1252; la cession se fait dans son intérêt et dans celui du cessionnaire; il est donc juste qu'ils soient sur un pied d'égalité parfait; si, en cas de cession partielle, il y a une perte à supporter, elle doit retomber sur le cédant et sur le cessionnaire à proportion de leur part dans la créance (2).

16. Les cessions de créances en matière civile se font presque toujours pour un prix inférieur au montant nominal de la créance; cela n'empêche pas que le cessionnaire ne puisse réclamer le payement intégral de la créance qu'il a achetée; le tiers débiteur ne peut pas se prévaloir de ce qui s'est passé entre le cédant et le ces-

(1) Mourlon, *De la subrogation*, p. 14 et 15. Gauthier, p. 34, nos 99-102 Aubry et Rau, t. IV, p. 174 et suiv., notes 24, 25.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 175. Voyez, plus loin, no 132.



sionnaire, il reste étranger à la cession, et ce n'est pas dans son intérêt qu'elle se fait. C'est une spéculation qui a quelque chose d'aléatoire; le cessionnaire doit profiter des bonnes chances, comme il subit les mauvaises. Il n'en est pas de même de la subrogation : c'est un payement; si la loi autorise la fiction qui permet au créancier de transporter au subrogé les droits du créancier qu'il paye, c'est pour favoriser la libération. Donc le payement avec subrogation comme sans subrogation se fait dans l'intérêt du débiteur; tout ce qui résulte du payement avec subrogation, c'est que le subrogé peut réclamer contre le débiteur le remboursement de ses avances avec les garanties qui étaient attachées à la créance primitive. Si donc le créancier a consenti à recevoir une somme moindre que le montant nominal de la créance, le subrogé ne peut réclamer contre le débiteur que ce qu'il a déboursé. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point; de jurisprudence il n'y en a point, le cas ne pouvant guère se présenter. Le créancier ne consentira à recevoir moins que le montant nominal de sa créance que si le débiteur est insolvable et si les garanties personnelles ou réelles attachées à la créance sont insuffisantes; dans ces conditions, il se trouvera difficilement un tiers qui consente à payer pour le débiteur, même avec subrogation. Supposons que le cas se présente. Le subrogé a payé 10,000 francs alors que le montant de la créance est de 12,000 fr. Il ne peut répéter que 10,000 francs; mais pourquoi? Dans le système de Merlin, la réponse est très-simple : l'action du subrogé n'est pas l'action du créancier, c'est l'action du mandat ou de la gestion d'affaires, c'est-à-dire une action en remboursement des avances faites par le mandataire ou le gérant. Dans l'opinion générale que nous avons suivie, le subrogé succède à la créance même qu'il paye. Pourquoi ne peut-il pas l'exercer en entier? A quel titre le débiteur se prévaudra-t-il d'une convention à laquelle il est resté étranger? La réponse se trouve dans le principe qui domine cette matière (n° 11). A la différence de la cession, la subrogation n'est pas une spéculation, c'est un payement; quoique avancé par un tiers, le payement se fait

dans l'intérêt du débiteur, le subrogé fait l'affaire du débiteur, il ne peut donc réclamer que ses avances. La loi ne le dit pas, elle n'avait pas besoin de le dire; cela résulte de la nature même du payement, et la subrogation est un payement (1).

17. On dit d'ordinaire, et cela est vrai en général, que le tiers qui paye a intérêt à obtenir la subrogation; elle lui assure les garanties accessoires attachées à la créance qu'il paye. Le cessionnaire a les garanties de plein droit, puisque la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilége et hypothèque (art. 1692). Mais le subrogé a encore une action que le cessionnaire n'a pas : il paye d'ordinaire comme mandataire ou comme gérant d'affaires; il a donc l'action du mandat ou de gestion d'affaires, outre celle qui est attachée à la créance qu'il a acquittée. Généralement cette dernière est plus favorable, et elle rend l'autre inutile. Toutefois il se peut que l'action personnelle née du mandat ou de la gestion d'affaires présente plus d'avantage que les garanties réelles qui sont l'objet de la subrogation. Si la dette que le tiers a acquittée ne produisait pas d'intérêts, le subrogé n'en peut pas réclamer du chef du subrogeant; mais, comme mandataire ou gérant d'affaires, il a droit à l'intérêt de ses avances; il est donc intéressé à intenter l'action de mandat ou de gestion d'affaires, pourvu que le débiteur soit solvable (2).

18. Nous venons de signaler les différences importantes qui existent entre la cession et la subrogation. Il y a aussi des analogies incontestables. Les analogies sont telles qu'elles ont prêté à la confusion : entre le tiers subrogé et le débiteur la subrogation a les effets de la vente. Dans l'un et l'autre cas, le débiteur reste débiteur, et de la même dette; les garanties personnelles et réelles subsistent, il y a seulement changement de créancier, sans toutefois qu'il y ait novation (3). Les analogies étant

(1) Duranton, t. XII, p. 188, nº 122. Colmet de Santerre, t. V, p. 358, nº 189 *bis* VIII; Aubry et Rau, t. IV, p. 174, note 23, § 321. Mourlon, *De la subrogation*, p. 26. Demolombe, t. XXVII, p. 278, nº 328.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 611 et suiv.
(3) Duranton, t. XII, p. 188, nº 121.

si considérables, la confusion est facile, car les différences tiennent à des distinctions assez délicates. Comment distinguera-t-on, en fait, la subrogation du transport? Quand il s'agit de contrats qui ont une grande analogie, tels que la vente et l'échange, on prend en considération les termes de l'acte, termes dont tout le monde connaît la signification. Les auteurs ont raison de dire que, dans notre espèce, il faut se défier des termes dont les parties ou le rédacteur de l'acte se servent; les praticiens emploient indifféremment les expressions *céder* et *subroger*, parfois ils les cumulent. Sera-ce une cession? Sera-ce une subrogation? Les auteurs établissent des présomptions, et chacun a les siennes. Il y a un caractère qui est décisif quand il est constant : si l'opération se fait dans l'intérêt du débiteur, c'est un payement; si elle se fait dans l'intérêt du créancier, c'est une cession. Mais comment savoir si le tiers paye dans l'intérêt du débiteur ou dans son propre intérêt? Ici viennent les probabilités, les présomptions de fait (1); nous croyons inutile de les reproduire, parce que nous doutons fort que toutes ces présomptions éclairent le débat, elles ne servent guère qu'à donner des arguments aux plaideurs. C'est dans les circonstances de chaque cause que le juge doit puiser les éléments de sa décision; après tout ce que nous venons de dire des caractères qui distinguent la subrogation, il est inutile de les répéter pour en induire des présomptions (2).

§ II. *De la subrogation conventionnelle.*

19. La subrogation est conventionnelle ou légale (art. 1249). Elle est conventionnelle dans deux cas : d'abord quand elle est consentie par le créancier, ensuite quand elle est consentie par le débiteur (art. 1250, 1° et 2°).

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 360, n° 189 *bis* XII. Demolombe, t. XXVII, p. 329, n° 385. Duranton, t. XII, p. 191, n° 122. Aubry et Rau, t. XV, p. 175, note 27, § 321.

(2) Voyez un exemple dans l'espèce jugée par la cour de cassation de Belgique, que nous avons citée à plusieurs reprises (p. 30, note 2).

N° 1. DE LA SUBROGATION CONSENTIE PAR LE CRÉANCIER.

I. *Qui peut consentir la subrogation et au profit de qui?*

20. L'article 1250, 1°, répond à notre question. « Le créancier, recevant son payement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques contre le débiteur. » Tout se passe donc entre le créancier et le tiers qui le paye : celui-ci offre le payement en demandant la subrogation et le créancier y consent. Le débiteur n'intervient pas, il reste étranger à la subrogation, quoi qu'elle se fasse, en un certain sens, contre lui, le subrogé succédant à tous les droits que le créancier avait contre son débiteur. Pourquoi le débiteur ne concourt-il pas à la subrogation? Parce qu'il n'a pas de consentement à donner, ni à refuser. Le créancier pourrait vendre la créance à l'insu du débiteur et malgré lui; s'il peut faire une cession véritable, il doit aussi avoir le droit de faire une cession fictive. Cela est encore plus évident quand on considère quel est l'objet principal de la subrogation : c'est un payement; or, le débiteur ne doit pas intervenir dans le payement qu'un tiers fait de la dette; le tiers peut même payer en son nom propre (art. 1236), et, dans l'opinion commune, il peut payer malgré le débiteur (1). Donc le débiteur ne doit intervenir ni dans le payement ni dans la subrogation. Il change de créancier, il est vrai, et il est intéressé à savoir à qui il doit et peut payer; le législateur aurait donc dû prescrire une notification quelconque de la subrogation au débiteur. Il ne l'a pas fait, c'est une lacune, mais la lacune ne nuit pas au débiteur; le payement qu'il fera de bonne foi entre les mains de son créancier primitif sera valable. En définitive, il est entièrement désintéressé dans la convention de subrogation qui intervient entre le créancier et le subrogé.

21. Qui a le droit de subroger? C'est le créancier rece-

(1) Voyez le tome XVII de mes *Principes*, p. 476, n° 485.

vant son payement d'un tiers. D'après l'article 1239, le payement doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui. On demande si tous ceux qui ont pouvoir de recevoir pour le créancier ont le droit de subroger. Quand le pouvoir de recevoir le payement dérive du pouvoir d'administration, l'affirmative n'est pas douteuse : le tuteur, le mari, le mandataire général ont droit de recevoir parce qu'ils sont administrateurs et, en cette qualité, ils peuvent aussi consentir la subrogation; celui qui subroge ne s'oblige pas et, en subrogeant, il reçoit le payement que peut-être il n'aurait pas reçu du débiteur; l'administrateur améliore donc, en subrogeant, la condition de celui dont il gère les intérêts; ce qui est décisif. Il n'en est pas de même du mandat spécial; il résulte de la nature de ce pouvoir qu'il est limité à l'objet pour lequel il a été donné, et il est de principe que le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est porté dans son mandat (art. 1989). De là suit que le mandat de recevoir le payement ne donne pas le droit de subroger. Vainement dirait-on que le créancier n'a aucun intérêt à ne pas subroger, qu'il peut être intéressé, au contraire, à consentir la subrogation; nous répondons que c'est l'affaire du mandant. Le créancier peut refuser de subroger, la loi dit même que le tiers qui paye ne peut pas exiger la subrogation; donc autre chose est de recevoir le payement, autre chose est de subroger; cela décide la question au point de vue du mandat. Quel sera l'effet de la subrogation si elle est consentie par un mandataire spécial qui avait seulement le droit de recevoir le payement? La subrogation sera nulle, mais, d'après les principes qui régissent le mandat, la subrogation sera validée si le créancier la ratifie et, aux termes de l'article 1998, la ratification peut être expresse ou tacite (1).

22. C'est d'après ces principes qu'il faut décider la question de savoir si l'huissier chargé de recevoir le payement a pouvoir de subroger celui qui payerait pour le

(1) Demolombe, t. XXVII, p. 303, n° 350. Aubry et Rau, t. IV, p. 170, § 321.

débiteur. Non, il ne peut pas subroger, mais si le créancier reçoit les deniers payés sous condition de subrogation, il valide ce que l'huissier a fait au delà de son mandat et, par suite, la subrogation sera valable.

La jurisprudence a hésité sur cette question, qui est si simple quand on s'en tient aux principes que le code formule au titre du *Mandat*. Il a été jugé en termes absolus que la subrogation consentie par l'huissier est valable à l'égard du débiteur (1). La cour de cassation a decidé, en sens contraire, que le mandat donné à un huissier de recevoir le payement d'une lettre de change et, à défaut de payement, de procéder à l'incarcération du débiteur, ne confère pas à l'officier ministériel le pouvoir de subroger le tiers qui l'a payé dans les droits de son mandant contre les endosseurs de cet effet : le mandat de recevoir aurait libéré les endosseurs si le débiteur avait payé, ou un tiers pour lui sans subrogation, tandis que la subrogation consentie par l'huissier faisait revivre la dette contre les endosseurs. On voit par là que recevoir le payement n'est pas la même chose que subroger (2).

Que devient la subrogation irrégulièrement consentie par l'huissier? La cour de Nancy a jugé que l'huissier, porteur d'un pouvoir spécial, celui de saisir les biens des débiteurs si ceux-ci ne payaient pas le montant des obligations hypothécaires par eux souscrites, ne pouvait *peut-être* pas, en vertu de ce pouvoir, consentir la subrogation, mais qu'il avait été amené à le faire dans l'intérêt bien entendu de ses mandants; qu'en recevant le payement d'un tiers et en le subrogeant, l'huissier avait *évidemment* procédé et pu procéder comme gérant d'affaires. L'arrêt ajoute que les créanciers avaient encaissé immédiatement les sommes touchées par l'huissier et atteint ainsi le but qu'ils se proposaient sans courir aucun risque, puisque les quittances délivrées au tiers payeur portaient qu'il était subrogé sans garantie aucune. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. Mais la cour de cassation se

(1) Colmar. 21 décembre 1832 (Dalloz, au mot *Saisie-exécution*, n° 67).
(2) Lyon, 2 février 1844, et Rejet, 2 août 1848 (Dalloz, 1848, 1, 206).

garde bien de reproduire la théorie de la gestion d'affaires sur laquelle la cour de Nancy avait fondé sa décision. La jurisprudence abuse singulièrement de la gestion d'affaires; on dirait une panacée qui peut remédier à tous les vices et couvrir toutes les nullités. Les interprètes oublient que la gestion d'affaires est un quasi-contrat, ce qui suppose absence de consentement du maître; or, dans l'espèce, il y avait consentement, mais consentement de recevoir, et non consentement de subroger : le contrat excluait le quasi-contrat. C'était un mandataire qui dépassait les bornes de son mandat; ce qu'il faisait était nul, mais le mandant pouvait ratifier; la cour de cassation jugea qu'il avait ratifié en encaissant les deniers touchés par l'huissier (1). C'est l'application de l'art. 1998; la ratification équivaut au mandat, mais elle exclut la gestion d'affaires; celle-ci, quand elle existe, tient lieu de mandat sans ratification aucune.

23. Qui peut demander la subrogation? L'article 1250 répond : La tierce personne qui paye pour le débiteur. Donc tous ceux qui payent peuvent être subrogés par le créancier qui reçoit le payement. La condition essentielle pour qu'il y ait subrogation, c'est que le tiers paye, c'est-à-dire qu'il remette les deniers au créancier. Un mandataire pourrait-il remettre les deniers au nom du tiers? La question ne devrait pas même être posée, car c'est demander si nous pouvons faire par mandataire ce que la loi nous permet de faire personnellement. Mais si le débiteur était porteur du mandat? Nous ne voyons toujours pas de motif de douter. Il est bien vrai que le débiteur n'intervient pas dans la subrogation que le créancier consent; mais est-ce intervenir dans un acte que d'y figurer comme mandataire? C'est le mandant qui seul y est partie, donc le tiers qui paye, et non le débiteur qui a seulement mandat de remettre les deniers. On insiste et l'on invoque l'autorité de Renusson. Mais Renusson suppose un prêt, de sorte que le débiteur est emprunteur, partant

(1) Nancy, 3 mai 1856 (Dalloz, 1856, 2, 261), et Rejet, chambre civile, 7 avril 1858 (Dalloz, 1858, 1, 155).

propriétaire des deniers qu'il remet au créancier en son propre nom. Ce n'est pas là le cas de l'article 1250, n° 1, c'est le cas du n° 2, c'est-à-dire de la subrogation consentie par le débiteur; il ne suffit pas, pour qu'il y ait subrogation dans ce cas, que le débiteur remette au créancier les deniers empruntés, il faut d'autres conditions et d'autres formes que nous exposerons plus loin. Telle n'est point notre hypothèse. Le débiteur se présente, non comme emprunteur, au nom d'un prêteur, il se présente comme mandataire d'un tiers qui paye; si le mandat est constant, nous sommes dans le cas prévu par le n° 1 de l'article 1250 : la subrogation est parfaitement valable. On craint la fraude; la subrogation se fera pour le prêteur, dit-on, sans les garanties que la loi exige. Il va de soi que la fraude fait exception; on est toujours admis à la prouver par tout moyen de preuve, et si l'acte est frauduleux, il sera annulé (1).

II. *Conditions requises pour la validité de la subrogation.*

24. C'est le créancier qui subroge. La loi veut que la subrogation soit expresse. Pourquoi? Parce que la subrogation est une fiction; dans la réalité des choses, le payement éteint la créance ainsi que les accessoires. Pour que la créance subsiste au moment même où on l'éteint en la payant, il faut une déclaration de volonté bien formelle. Quand il s'agit d'une exception, la loi et les principes veulent qu'elle soit stipulée expressément; à plus forte raison faut-il une convention expresse pour une fiction, c'est-à-dire pour un fait juridique qui est en opposition avec la réalité des choses. Un tiers paye, et il est censé acheter; le créancier reçoit ce qui lui est dû, et il est censé vendre. Si les parties entendent faire autre chose que ce qu'elles font, il faut qu'elles le disent.

En quel sens la subrogation doit-elle être *expresse?* Nous avons rencontré bien des fois ce terme, il donne

(1) Comparez Renusson, chap. XI, p. 317, nos 2-5; Demolombe, t. XXVII, p. 305, n° 352, p. 309, nos 358 et 360; Larombière, t. III, p. 189, art. 1250, n° 7 (Ed. B., t. II, p. 193).

parfois lieu aux plus vives controverses (art. 843). Quand on s'en tient au texte et à la signification du mot, il n'y a aucun doute; la loi veut que la volonté de subroger soit exprimée par le créancier, et comment exprime-t-on sa volonté? Par des paroles; il faut donc des paroles, non pas sacramentelles, mais des paroles qui rendent la même pensée que le mot *subroger* (1). Faut-il ajouter que la meilleure et la plus simple de toutes les expressions est celle dont la loi se sert? Il y a donc, en ce qui concerne la subrogation consentie par le créancier, une dérogation aux principes généraux qui régissent le consentement. Le consentement peut être tacite, tandis qu'en matière de subrogation il doit être exprès. Pourquoi la loi ne se contente-t-elle pas de la volonté tacite du créancier? Nous venons de répondre que les principes de droit exigent une déclaration qui ne laisse aucun doute sur la volonté des parties contractantes. Cela est aussi fondé en raison. La subrogation intéresse les tiers, elle peut donner lieu à bien des fraudes; il importe qu'elle soit certaine, évidente, au moment même où le créancier reçoit son payement; et il n'y a qu'un moyen de lui donner cette certitude, c'est d'exiger une déclaration expresse.

Sur quoi doit porter cette déclaration? L'article 1250 dit que le créancier subroge le tiers dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques contre le débiteur. Faut-il que l'acte de subrogation reproduise cette énumération? La négative est certaine et admise par tout le monde. Nous dirons plus loin qu'il ne faut pas même d'acte, donc rien de solennel. Si l'article 1250, n° 1, énumère les droits auxquels le subrogé succède, il faut, dit Toullier, attribuer cette énumération à la malheureuse habitude d'employer toujours, en style de pratique, des redondances et des accumulations de mots inutiles, dans la crainte d'en oublier un qui soit nécessaire. Quand les rédacteurs des actes apprendront-ils à écrire simplement? Ici la loi elle-même donne le mauvais exemple; il est certain que l'énumération de l'article 1250, n° 1, est parfaitement inutile;

(1) Toullier, t. V, 1, p. 109, n° 121.

la loi s'en écarte dans le n° 2, où elle parle seulement de la subrogation *aux droits* du créancier; il en est de même dans l'article 1249. Cela suffit; le mot *subroger*, sans ajouter *aux droits*, suffit, car il a une signification technique; et quand le créancier déclare qu'il subroge le débiteur, il va sans dire qu'il le subroge à ses droits, actions, priviléges, hypothèques, il faut ajouter le cautionnement (1).

25. L'article 1250 prescrit une seconde condition: « La subrogation doit être faite en même temps que le payement. » Bigot-Préameneu en dit la raison dans l'Exposé des motifs, elle est évidente : « Le créancier ne pourrait postérieurement exercer aucun droit résultant d'une obligation éteinte à son égard. » Cette condition n'est pas seulement fondée sur la rigueur du droit, elle est nécessaire pour empêcher qu'on ne puisse faire revivre une créance éteinte, dans le dessein de procurer une préférence à des créanciers nouveaux sur des créanciers antérieurs(2). Il suit de là que la subrogation consentie après le payement, quand même ce serait le même jour, est nulle, et à l'égard du tiers et à l'égard du débiteur; elle serait nulle quand même il n'y aurait aucune fraude, pour mieux dire, elle serait inexistante. La subrogation est une cession fictive : peut-on céder une créance qui n'existe plus? Ce serait une vente sans objet, et une vente pareille est radicalement nulle, en ce sens qu'elle n'a point d'existence aux yeux de la loi. Les tribunaux mettent une grande rigueur dans l'application de cette disposition, et avec raison; le droit la commande ainsi que l'intérêt des tiers. Le créancier promet la subrogation avant le payement; puis, dans la quittance donnée au moment du payement, il se réserve de la réaliser ultérieurement, sans indiquer la personne qu'il entend subroger. Manifester l'intention de subroger, ce n'est pas subroger actuellement. La cour

(1) Duranton, t. XII, p. 185, nos 118 et 119. Colmet de Santerre, t. V, p. 361, n° 190 *bis* I. Aubry et Rau. t. IV, p. 171, notes 9 et 10, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 314, nos 364-367. La jurisprudence est dans le même sens. Rejet, 4 février 1839; Bourges, 19 juin 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, nos 1842 et 1848, 2°).

(2) Exposé des motifs, n° 128 (Locré, t. VI, p. 170). Toullier. t. IV, 1, p. 100, n° 116. Duranton, t. XII, p. 183, n° 116.

de Grenoble avait néanmoins admis la subrogation, parce que telle avait toujours été l'intention des parties; elle en concluait que rien ne s'opposait à ce que la subrogation fût réalisée dans un acte postérieur au payement. Sa décision fut cassée. La cour de cassation dit qu'il y avait un obstacle dans la loi, dont le texte précis ne laisse point à la disposition des parties ni à celle des tribunaux le soin d'établir les règles et les garanties qui peuvent assurer la validité de la subrogation conventionnelle : il ne dépend pas, dit l'arrêt, des parties de s'affranchir des conditions prescrites par la loi, ni des tribunaux de les dispenser de leur accomplissement. Dans l'espèce, le payement avait été fait le 10 février et la subrogation n'avait été consentie que le 10 avril, sans que, lors du payement, la subrogation eût été convenue, donc elle était nulle (1).

26. Il se fait quelquefois des payements partiels, donc successifs : peut-on, lors du dernier payement, stipuler la subrogation pour toute la créance? En principe, non, car chaque versement est un payement et, par suite, la dette est éteinte jusqu'à concurrence de la somme payée; on ne peut pas, en stipulant la subrogation pour la créance entière, faire revivre la partie de la créance qui est éteinte (2).

Toutefois il ne faut point dépasser la rigueur de la loi; elle n'exige pas d'acte pour la validité de la subrogation, il n'est donc pas nécessaire que la quittance constate qu'au moment même du payement le créancier a consenti à subroger le tiers qui le paye, il suffit que la volonté de subroger ait été déclarée expressément lors de la remise des deniers. Il y a là une question de fait à examiner. La quittance subroge le tiers au créancier; elle porte que les deniers ont été versés hors la vue du notaire; mais la cour établit, en fait, que les deniers n'avaient été versés qu'à la charge de subrogation; il y avait donc une convention verbale par laquelle le créancier, en recevant le payement, consentait la subrogation; cela était décisif.

(1) Cassation, 30 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1843, 1°).
(2) Limoges, 27 novembre 1841 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1843, 4°)

Peu importait que dans la quittance délivrée postérieurement il fût dit que les deniers avaient déjà été versés, la subrogation ne datait pas de la quittance, elle datait du payement, la quittance ne faisait que la constater (1).

A plus forte raison la condition de simultanéité est-elle remplie quand le payement n'a pas été fait avant l'acte de subrogation. Des banquiers ouvrent en 1848 à un industriel un crédit de 45,000 francs garanti par une hypothèque. En 1853, un tiers leur offre de payer, en l'acquit du débiteur et moyennant subrogation, une somme de 15,000 francs formant le reliquat du compte de ce dernier. Les créditeurs acceptent cette offre et inscrivent sur leurs livres une somme de 15,000 fr. au débit du tiers. Puis, un mois plus tard, au jour où les espèces leur furent versées, ils donnèrent au tiers une quittance subrogatoire. La validité de la subrogation fut attaquée. Annulée par le premier juge, elle a été maintenue en appel. La cour de Besançon dit très-bien qu'il n'y avait rien eu de définitif dans les opérations jusqu'au jour du versement des espèces et de l'acte subrogatoire, que ce jour-là avait été réellement celui du payement; d'où suivait que les conditions de l'article 1250 étaient remplies. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet; la difficulté consistait à déterminer l'effet de l'inscription que les banquiers avaient faite sur leurs livres : était-ce un payement? dans ce cas, la subrogation était nulle. En réalité, ce n'était pas un payement, car le payement exige un concours de volontés, le créancier ne peut pas se payer sans le consentement du tiers; or, l'inscription avait eu lieu sans que le tiers y consentît, elle ne fut acceptée que le jour où il versa les espèces; ce qui décidait la question (2).

La cour de cassation s'est prononcée dans le même sens dans une affaire qui n'aurait pas dû être portée jusque devant la cour suprême. Un tiers dépose entre les mains d'un notaire la somme qui doit servir à payer le créancier, moyennant subrogation. Plus tard, la somme

(1) Metz, 10 juin 1847, et Rejet, 31 mai 1848 (Dalloz, 1848, 1, 209).
(2) Rejet, 14 décembre 1858 (Dalloz, 1859, 1, 150).

est remise au créancier, et en même temps l'acte de subrogation est passé. La subrogation était-elle valable? C'est demander si le dépôt est un payement, et cela ne devrait pas se demander. Peut-il y avoir un payement sans offre et sans acceptation? Le dépôt, dans l'espèce, n'était pas même une offre, et bien moins une acceptation. Le payement ne fut réalisé qu'au moment où la subrogation fut consentie. Donc on était dans les termes mêmes de la loi (1).

La chose paraît plus douteuse lorsque les deniers sont versés entre les mains du créancier; le versement est constaté par un écrit sous seing privé accompagné d'une procuration notariée donnée à un tiers pour accomplir le transport de la créance. Il s'agit d'apprécier ce qui s'est passé entre les parties. Ont-elles fait un payement véritable sans subrogation? En ce cas, la subrogation était postérieure au payement, partant nulle. La cour de Toulouse donna une autre interprétation à l'écrit sous seing privé et à la procuration. Il est certain que le tiers n'entendait payer qu'à condition d'être subrogé, et le créancier consentait à recevoir son payement sous cette condition, puisqu'au moment même où il recevait les espèces il donnait procuration de consentir le transport. La cour de cassation s'en tint à cette interprétation et décida que, dans la pensée des parties et selon la teneur de l'accord intervenu entre elles, le versement des deniers ne constituait pas un payement qui éteignît la dette, mais le prix acquitté d'avance d'un transport de la créance, lequel transport, dès lors convenu et *même exécuté*, devait être *réalisé* plus tard par acte notarié (2). Si le transport était déjà *exécuté*, il ne pouvait plus s'agir de le *réaliser*. A vrai dire tout était accompli lors du versement des espèces, il y avait concours de volontés, convention expresse résultant d'actes; la subrogation notariée dressée plus tard ne fit que constater, dans la forme authentique, une subrogation qui était parfaite.

(1) Rejet, 20 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 161)
(2) Rejet, 25 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 1, 468).

La plus grande précision est nécessaire dans une matière où tout est de rigueur. On lit dans un recueil d'arrêts qu'il suffit que la simultanéité existe entre la quittance et la subrogation. L'arrêt, ainsi analysé, ne dit pas cela; la décision que la cour de cassation a confirmée dit le contraire. Il était dit dans l'acte de subrogation qu'un vendeur, en recevant d'un tiers une somme de 12,000 francs en acquit de l'acheteur, le subrogeait par préférence à lui-même et jusqu'à due concurrence dans son privilége de vendeur. La cour de Rennes conclut de là que la subrogation avait été faite en même temps que le payement. Quel était le motif de douter? Le notaire constatait que la somme de 12,000 francs avait été reçue hors de sa présence, donc, disait-on, avant la subrogation; ce qui annulait l'acte subrogatoire. Non, dit la cour, le notaire n'a pas dit cela, il a dit, au contraire, que le payement avait eu lieu *au moyen des présentes,* ce qui veut bien dire que le payement n'avait été effectué qu'à condition que le tiers fût subrogé au vendeur. La cour de cassation s'exprime dans le même sens; elle dit que le versement fait hors de la vue du notaire n'éteignait pas la dette et ne constituait pas le payement, que le payement n'avait eu lieu qu'au moyen de l'acte même contenant la subrogation qui en était la conséquence et la condition (1). L'arrêt de la cour d'appel et celui de la cour de cassation sont assez mal rédigés, mais la pensée des deux cours n'est pas douteuse. Il est certain qu'elles ne disent pas ce qu'on leur fait dire, à savoir, qu'il suffit que la simultanéité existe entre la quittance et la subrogation; ce serait confondre la preuve de la simultanéité avec le fait juridique de la simultanéité. Cette confusion n'est que trop facile, nous allons la trouver dans la doctrine et dans la jurisprudence; raison de plus pour que les interprètes soient d'une précision mathématique.

(1) Rennes, 3 janvier 1854, et Rejet, 6 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 428).

III. *Forme de la subrogation et preuve.*

27. La loi n'exige pas que les parties dressent un acte qui constate le payement et la simultanéité de la subrogation. Il suit de là que la subrogation consentie par le créancier reste sous l'empire du droit commun ; elle est parfaite dès qu'il y a consentement exprès et que ce consentement est donné lors du payement. Il ne faut pas d'écrit pour la validité, bien moins encore pour l'existence de la subrogation ; l'écrit, s'il en est rédigé un, ne sert que de preuve ; la subrogation est donc valable, indépendamment de tout écrit, et la nullité de l'écrit n'entraîne pas la nullité de la subrogation, sauf à prouver la subrogation d'après les règles établies par le code au chapitre de la preuve des obligations. La subrogation pourra se prouver par témoins si l'objet de la subrogation ne dépasse pas 150 fr. ; la preuve testimoniale sera encore admissible s'il y a un commencement de preuve par écrit. Si les parties, comme cela est d'usage et comme la prudence l'exige, dressent un écrit de leur convention, elles sont libres de rédiger un écrit sous seing privé ou de faire un acte par-devant notaire. Elles peuvent encore recourir à l'aveu et au serment. C'est le droit commun, et on l'applique parce que la loi n'y déroge pas. Or, si la subrogation est de stricte interprétation, en ce sens que l'on doit observer à la rigueur les conditions que la loi prescrit, par contre on ne peut ajouter à la loi des conditions de forme qu'elle n'exige point (1).

28. Nous pourrions nous borner au principe tel que nous venons de le formuler, en renvoyant le lecteur au chapitre où nous exposerons les règles sur les preuves. Mais la matière des preuves est une des plus difficiles du titre des *Obligations ;* les principes en sont peu connus, de là de nombreuses contestations et quelque hésitation dans la doctrine et surtout dans la jurisprudence. Il faut donc

(1) Mourlon, *De la subrogation*, p. 224. Colmet de Santerre, t. V, p. 362, n° 190 *bis* II. Demolombe, t. XXVII, p. 323, n° 377.

nous arrêter sur les questions que les auteurs traitent ou qui se sont présentées devant les tribunaux.

Gauthier, dans son *Traité de la subrogation*, dit très-bien que l'écrit dressé par les parties ne sert que de preuve; puis il ajoute qu'il aurait de la peine à admettre que la subrogation fût prouvée par témoins (1). Cela est contradictoire; si nous relevons la contradiction, c'est pour nous excuser d'écrire si longuement sur les principes du droit civil; on voit que les principes les plus élémentaires sont méconnus par les auteurs. Dire que l'écrit ne sert que de preuve, c'est dire que la subrogation reste dans le droit commun en ce qui concerne la preuve; dès lors il faut aussi appliquer le droit commun en ce qui concerne la preuve testimoniale. Inutile d'insister, parce que cela n'est pas douteux.

29. On discute la question de savoir s'il faut un seul acte constatant le payement et la subrogation, ou si le payement pourrait être constaté par la quittance, et la subrogation par un acte séparé. Si la question suppose la nécessité d'un écrit, elle implique par cela même une hérésie juridique. Mais on peut l'entendre en ce sens que deux écrits séparés, faits après un certain intervalle, prouveraient que la subrogation n'a pas été faite en même temps que le payement, ce qui rendrait la subrogation nulle. C'est en ce sens que Gauthier dit que la quittance et la subrogation forment une convention unique et indivisible, qui doit être constatée sans interruption, en un seul contexte. Le langage est inexact, puisqu'il confond la convention avec l'écrit qui est dressé pour la prouver. Larombière enseigne, au contraire, que la subrogation est parfaitement valable, quoique deux actes distincts aient été dressés, l'un pour l'établir, l'autre pour constater le payement; ce qui nous paraît évident. Il ne faut pas confondre la convention avec la preuve de la convention. La subrogation, dit très-bien Larombière, considérée comme convention, ne forme qu'un tout avec le payement; l'article 1250 veut qu'elle soit consentie au moment

(1) Gauthier, p. 116, nº 111 et note.

où le payement se fait. Mais la loi n'exige pas qu'un seul acte renferme la quittance et la subrogation; c'est exagérer la rigueur de la loi, pour mieux dire, c'est ajouter au texte, c'est faire la loi (1).

Les éditeurs de Zachariæ distinguent. Entre les parties la subrogation est valable, quand même elle serait faite par un acte distinct de la quittance. Mais, à l'égard des tiers, la simultanéité du payement et de la subrogation ne sera prouvée, *en général*, que si la quittance mentionne également la subrogation; de sorte que l'on ne pourrait pas opposer la subrogation aux tiers si elle était relatée dans un écrit distinct de la quittance, quand même les deux actes porteraient la même date. On fonde cette distinction sur l'article 1321; l'écrit constatant la subrogation modifierait les effets de la quittance pure et simple, il constituerait donc une contre-lettre à l'égard des tiers intéressés à soutenir l'extinction absolue de la dette. Demolombe, le dernier auteur qui ait écrit sur la matière, ne croit pas que la subrogation serait nécessairement nulle par cela seul que deux actes en auraient été dressés, et il a raison, car la loi se borne à exiger la simultanéité des faits juridiques, elle ne prescrit pas la simultanéité des écrits. Toutefois, dit M. Demolombe, cette manière de procéder serait dangereuse, car les tiers pourraient soutenir qu'il y a contre-lettre (2). Ils le pourraient! La question est de savoir si cette prétention serait fondée. Que d'incertitudes, même chez les auteurs les plus exacts! Nous croyons qu'il faut s'en tenir strictement au principe que la subrogation est indépendante de l'écrit; donc la rédaction de deux écrits constatant l'un le payement, l'autre la subrogation, ne prouve pas qu'il n'y ait pas eu simultanéité du payement et de la subrogation. La convention est antérieure à l'écrit qui ne fait que la constater, il faut donc voir ce qui s'est passé lors de la convention; s'il y a eu simultanéité à ce moment, la subrogation

(1) Gauthier, p. 114, n° 109. Larombière, t. III, p. 188, n. 6 de l'article 1250 (Ed. B., t. II, p. 192).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 172 et note 15, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 318, n° 371.

est valable, quoique l'acte ait été dressé plus tard. La jurisprudence en offre des exemples que nous avons cités en traitant de la simultanéité (n° 26). Quant aux principes qui régissent les contre-lettres, ils sont hors de cause : le payement et la subrogation sont deux faits distincts, donc rien n'empêche de les constater par actes séparés.

30. La jurisprudence est plus confuse encore que la doctrine, les praticiens confondent habituellement la convention avec l'écrit qui la constate; pour eux, l'*acte* c'est la *convention;* et cette pratique exerce une mauvaise influence sur les décisions judiciaires.

On a demandé si la subrogation consentie par le créancier doit être constatée par un acte authentique. Il s'est trouvé une cour qui a décidé la question affirmativement (1). L'erreur est évidente, il suffit de lire l'article 1250 pour s'en convaincre. Comme le dit très-bien la cour de Bruxelles, la loi distingue deux cas de subrogations conventionnelles, celle que le créancier consent et celle qui est consentie par le débiteur (2); pour cette dernière, l'article 1250 prescrit des actes authentiques, tandis que pour la première il ne faut pas même d'acte, elle est régie par le droit commun, puisque le code n'y déroge point. Telle est aussi la doctrine de la cour de cassation de France.

La subrogation peut-elle se faire par acte sous seing privé? Voilà une de ces questions que l'on ne devrait pas même poser. Ce qui excuse les interprètes, c'est que le langage du législateur est parfois aussi inexact que celui des praticiens. Ainsi l'article 1582 dit que la vente peut être faite par acte authentique ou sous seing privé, ce qui semble dire qu'un acte est nécessaire; il n'en faut pas pour la vente, il n'en faut pas pour la subrogation. La question a cependant été portée à plusieurs reprises devant la cour de cassation. Dans la première espèce, il y avait un écrit sous seing privé, et les parties l'avaient remplacé

(1) Grenoble, 13 mai 1824 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1864, 2°).

(2) Bruxelles, 2 février 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 59). Rejet, 2 juin 1863 (Dalloz, 1863, 1, 337). Un arrêt de la cour de Metz décide que la subrogation peut être verbale, mais c'est par un faux principe ; la cour identifie la subrogation avec la cession. Arrêt du 10 juin 1847 (Dalloz, 1848, 1, 209)



par un acte authentique; on prétendait que le premier écrit seul prouvait la simultanéité de la subrogation et du payement, et que cet écrit n'avait aucune force probante parce que ce n'était qu'une note informe (1). Eh qu'importe? Faut-il par hasard que les parties rédigent un écrit de leurs conventions à l'instant même où elles consentent? Comme le dit la cour de cassation dans une autre affaire, la loi n'exige pas d'écrit, une convention verbale suffit; c'est donc au moment de la convention qu'il faut s'attacher pour voir comment les choses se sont passées (2).

31. Les parties qui dressent un écrit font sagement. Mais nous discutons des questions de droit et non de prudence. Que prouvera l'écrit? On applique le droit commun. C'est donc une question d'interprétation. Les actes sont parfois si mal rédigés, que l'on ne sait point ce que le rédacteur a voulu dire. Un acte de subrogation porte que le créancier a été payé de la somme à lui due, *tant ci-devant que présentement*, partie des deniers du débiteur, partie des deniers du tiers subrogé. Ces expressions sont tellement vagues, dit la cour de cassation, que l'on ne peut reconnaître quelle somme aurait été payée par le tiers au moment de la subrogation; on ne sait pas même si une somme quelconque a été payée par lui à cette époque. Dans cette incertitude qu'a fait le premier juge? Il a dû décider qu'il n'était pas établi que le payement eût été fait en même temps que la subrogation; que, par suite, les prescriptions de l'article 1250 n'avaient pas été remplies (3). Dans l'espèce, le notaire avait à dessein rédigé l'acte dans des termes incompréhensibles. De fait, le créancier avait reçu le payement de son débiteur, dès lors il ne pouvait pas s'agir de subrogation consentie par le créancier. L'arrêt de la cour de Nîmes constata ce fait, on lui en a fait un grief; la cour de cassation répond que la cour d'appel avait seulement examiné subsidiairement les faits de la cause qui venaient à l'appui de sa décision; la dé-

(1) Rejet, 16 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 145).
(2) Rejet, 20 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 309).
(3) Rejet, 13 août 1855 (Dalloz, 1856, 1, 166).

cision même se fondait sur l'acte de subrogation, dont les termes prouvaient que l'article 1250 n'avait pas été observé.

32. Les écrits sous seing privé ont de grands inconvénients; d'abord ils ne font aucune foi par eux-mêmes, il faut que l'écriture en soit reconnue ou vérifiée en justice; puis ils ne font pas foi de leur date à l'égard des tiers. Ce dernier point est surtout très-important en matière de subrogation. Le subrogé a un écrit sous seing privé constatant le payement et la subrogation. Peut-il l'opposer aux tiers si l'écrit n'a pas date certaine conformément à l'article 1328? En principe, non; l'article 1328 établit une règle générale qui doit recevoir son application à tous les cas; donc les tiers peuvent l'opposer au subrogé. Sans doute l'écrit n'est point nécessaire pour la validité de la subrogation, mais il peut être nécessaire pour la preuve, car le plus souvent le subrogé n'a pas d'autre moyen de prouver la subrogation.

Le principe que nous venons de poser est incontestable, mais l'application n'est pas sans difficulté. Il faut d'abord voir quel est le tiers qui invoque l'article 1328. Le débiteur est-il un tiers? Sans doute; néanmoins il ne peut pas opposer au subrogé que l'acte de subrogation n'a pas de date certaine. Généralement il est sans intérêt. Qu'importe que la subrogation ne soit pas valable? Il n'en est pas moins débiteur, il doit donc payer, sinon au subrogé, du moins au subrogeant. Il est arrivé que le débiteur s'est prévalu de la quittance tout en repoussant la subrogation. La cour de cassation a repoussé cette prétention par une raison péremptoire; il n'est pas permis de scinder une preuve, de l'invoquer pour partie et de l'écarter pour partie; celui qui invoque l'acte comme quittance doit aussi l'accepter comme subrogation. Ce que nous disons du débiteur s'applique à tous ceux qui sont tenus de la dette, soit personnellement, soit hypothécairement (1).

Il y a d'autres tiers qui peuvent invoquer l'article 1328

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 170 et note 7, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 364, n° 379. Rejet, 20 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 309), et 7 avril 1858 (Dalloz, 1858, 1, 156).



sans qu'on puisse leur opposer aucune exception. Le subrogé a une quittance sous seing privé qui le subroge aux droits du créancier; cette quittance n'a pas de date certaine; quand il veut exercer ses droits contre le débiteur ou les cautions, un cessionnaire se présente porteur d'un acte ayant date certaine postérieure à la quittance : qui l'emportera? le cessionnaire ou le subrogé? Le subrogé ne peut pas opposer la quittance au cessionnaire, parce qu'elle n'a point de date certaine, cela décide la question. Il en serait de même si un premier subrogé était en conflit avec un second subrogé; c'est le second qui l'emporterait, s'il avait un acte authentique ou un acte sous seing privé ayant date certaine, et si le premier n'avait qu'un écrit sous seing privé sans date certaine. De même si un tiers créancier du subrogeant avait pratiqué une saisie-arrêt entre les mains du débiteur, le subrogé ne pourrait pas lui opposer la subrogation si l'acte n'avait point de date certaine. La jurisprudence est en ce sens (1). D'après le texte et les principes, il n'y a aucun doute. Toutefois l'on objecte que la jurisprudence permet d'opposer aux tiers des quittances qui n'ont pas acquis date certaine conformément à l'article 1328. Nous examinerons cette doctrine en traitant de la preuve des obligations. A notre avis, elle est inadmissible. Quand même on l'admettrait, on ne pourrait l'appliquer à l'acte subrogatoire; en effet, ce n'est pas un simple fait de payement que le subrogé oppose aux tiers, c'est un payement accompagné de subrogation, et il veut prouver par l'écrit qu'il oppose aux tiers la simultanéité de la subrogation et du payement. Voilà une question toute différente de celle que la jurisprudence a décidée : il ne s'agit pas de savoir si une quittance a force probante contre les tiers, il s'agit de savoir si l'on peut se prévaloir contre eux d'un acte subrogatoire qui n'a pas reçu date certaine conformément à l'article 1328 (2).

33. Les principes rigoureux du droit civil ne reçoivent

(1) Rejet, 31 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1853) Aubry et Rau, t. IV, p. 170, et note 8, § 321. Duranton, t. XII, p. 327, n° 331.

(2) Larombière, t. III, p. 219, n° 36 de l'article 1250 (Ed. B., t. II, p. 203). Demolombe, t. XXVII, p. 327, n° 381.



pas d'application en matière commerciale. Aux termes de l'article 109 du code de commerce, les achats et les ventes se constatent par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre ; la jurisprudence applique cette disposition à toute espèce de conventions commerciales; il a été jugé que la subrogation peut se prouver entre banquiers par leur correspondance. L'article 109 donne aux juges consulaires un pouvoir d'appréciation qui leur permet d'admettre ou de rejeter toute espèce de preuves qui ne seraient pas admises en matière civile. Ce pouvoir discrétionnaire répond à l'objection que l'on fait que la correspondance et, à plus forte raison, les témoignages favorisent la fraude; en matière commerciale la loi s'en rapporte au juge, il rejettera la preuve s'il y a un soupçon de fraude, il l'admettra si la preuve ne lui paraît pas suspecte (1).

34. Quand même l'acte serait régulier en la forme et opposable aux tiers, ceux-ci peuvent néanmoins attaquer la subrogation et soutenir qu'elle est nulle. L'écrit qu'on leur oppose n'est qu'une preuve, et toute preuve peut être combattue. Ici encore il faut distinguer : tout tiers est admis à prouver que la subrogation est nulle, soit parce que le subrogé n'a pas fait le payement, soit parce que la subrogation a été consentie après le payement. Mais la nullité peut se couvrir par une confirmation expresse ou tacite. C'est le droit commun, et la loi n'y déroge point. La confirmation ne peut se faire que si l'acte est nul, on ne confirme pas un acte inexistant. Reste à savoir quand la subrogation est nulle, quand elle est inexistante. Elle serait inexistante si elle était frauduleuse, c'est-à-dire si le prétendu subrogé n'avait pas payé la créance à laquelle il a été subrogé : on ne conçoit pas de subrogation sans payement, parce que la subrogation n'est qu'une modalité du payement. Si le subrogé avait réellement payé, mais que la subrogation eût été consentie postérieurement au payement, les éléments de la subro-

(1) Besançon, 9 février 1858, et Rejet, 14 décembre 1858 (Dalloz, 1859, 1, 150). Rejet, 2 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 1, 337).

gation existent; dans ce cas, la confirmation se conçoit. Si donc le débiteur a accepté la subrogation, il n'est plus recevable à l'attaquer (1).

35. S'il n'y a pas eu de confirmation, les tiers intéressés peuvent attaquer l'acte, quoiqu'il ait force probante à leur égard. L'acte ne prouve qu'une chose, le fait matériel de la déclaration qu'il constate, il ne prouve pas la vérité de cette déclaration. Si les tiers contestent la réalité matérielle des déclarations, ils doivent s'inscrire en faux. S'ils contestent seulement la vérité des déclarations, ils peuvent combattre l'acte par toute preuve légale. C'est le droit commun. Peuvent-ils demander à prouver par témoins et par présomptions que la subrogation n'a pas eu lieu lors du payement? L'affirmative n'est pas douteuse s'ils attaquent la subrogation comme frauduleuse. Mais s'ils n'allèguent aucune fraude, faudra-t-il qu'ils prouvent leurs allégations par des écrits ayant date certaine? On leur oppose une quittance subrogatoire; ils soutiennent que la dette était déjà éteinte lors de la subrogation, soit par le débiteur, soit par une autre personne que celle qui se prévaut de la subrogation, sans d'ailleurs reprocher aucune collusion à cette dernière. On enseigne qu'ils ne sont admis à prouver l'extinction antérieure de la dette qu'au moyen d'écrits ayant acquis date certaine avant la quittance subrogatoire. S'ils allèguent des écrits, il est certain qu'ils doivent avoir date certaine, conformément à l'article 1328 : c'est le droit commun. Mais ne pourraient-ils pas prouver l'extinction antérieure par témoins et par présomptions? Nous le croyons; c'est le cas d'appliquer l'article 1348. Quand le demandeur a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, il est admis à la preuve par témoins, quel que soit le montant du litige. Or, telle est bien la position des tiers qui restent étrangers à tout ce qui s'est passé entre le créancier et le tiers subrogé (2).

36. Quand la subrogation consentie par le créancier est nulle, le subrogé aura-t-il une action en garantie? Il

(1) Rejet, 31 mai 1848 (Dalloz, 1848, 1, 269).
(2) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 172 et 173, § 321.

a été jugé qu'il n'y avait pas lieu à garantie, quand la subrogation est nulle pour défaut de simultanéité dans la subrogation et le payement. La cour de cassation dit que si l'on considère la nullité comme résultant d'un vice de forme, aucune des parties n'en peut être déclarée responsable, cette nullité ne provenant pas de leur fait; et que si on la considère comme un vice du fond, elle n'engage pas davantage le créancier subrogeant, parce que, dans l'espèce, le créancier avait subrogé sans garantie ni restitution de deniers (1). Cette décision implique que le créancier serait soumis à la garantie s'il avait subrogé le tiers à une créance qui n'existait point. Nous avons dit plus haut (n° 24) que, dans notre opinion, le subrogeant n'est jamais tenu à garantie, parce que la subrogation n'est pas une cession; c'est un payement à raison duquel le tiers qui paye peut avoir une action en répétition de l'indû contre le créancier qui a reçu ce qui ne lui est pas dû.

N° 2. DE LA SUBROGATION CONSENTIE PAR LE DÉBITEUR.

I. *But et utilité.*

37. Aux termes de l'article 1250, n° 2, il y a encore subrogation conventionnelle « lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. » Cette subrogation heurte tous les principes. Conçoit-on que le débiteur cède les droits qui appartiennent au créancier? La subrogation est une cession fictive; on comprend la fiction quand c'est le propriétaire de la créance qui la cède, mais on ne comprend pas que le débiteur cède des droits qui appartiennent au créancier contre lui. Il y a encore un autre principe en matière de subrogation qui est en opposition avec le droit que l'article 1250 donne au débiteur. Le créancier n'intervient pas dans une subrogation qui a pour objet la cession de ses droits; bien plus, elle se fait malgré

(1) Rejet, 13 août 1855 (Dalloz, 1856, 1, 165).

son opposition; cependant l'article 1232 dit que l'on ne peut pas forcer le créancier à subroger celui qui le paye; et voici le débiteur qui force le créancier à céder sa créance au prêteur qui lui a fourni les deniers avec lesquels il paye. Comment expliquer ces étranges anomalies?

38. L'origine de cette subrogation nous en fait connaître le but et l'explique, sinon comme une institution juridique, du moins comme une institution utile. Elle a été introduite par un édit de Henri IV de mai 1609. Le taux maximum des arrérages de rente qui était au denier 12 (8 1/3 pour 100) avait été abaissé par un édit de 1601 au denier 16 (6 1/4 pour 100). Les débiteurs de rentes constituées au taux de 8 1/3 cherchèrent à emprunter au taux de 6 1/4 pour rembourser leur dette, en profitant de la réduction de la rente. Mais les capitalistes exigeaient des garanties que beaucoup de débiteurs ne pouvaient fournir qu'en subrogeant les nouveaux prêteurs aux droits des créanciers primitifs. Cette subrogation ne pouvait se faire que du consentement des créanciers, et ceux-ci naturellement refusaient de recevoir le remboursement de capitaux placés au denier 12, alors qu'ils ne pouvaient plus les placer qu'au denier 16. Le mauvais vouloir des créanciers, dit Henri IV, privait les débiteurs du bénéfice de la réduction de la rente. Il n'y avait qu'un moyen de briser leur résistance, c'était de permettre aux débiteurs de subroger les prêteurs sans le consentement des créanciers, et au besoin malgré leur opposition. Tel fut le but de l'édit de 1609. La subrogation ainsi autorisée par la volonté du débiteur a été maintenue par les auteurs du code. La réduction des rentes n'est plus à craindre, ni à prévoir, par l'excellente raison qu'elle est devenue inutile, le taux de l'intérêt étant libre, mais cette liberté même rend la subrogation utile et nécessaire. Le taux de l'intérêt varie d'après la valeur courante de l'argent. Celui qui est obligé d'emprunter à 8 pour 100 quand l'argent est rare est très-intéressé à faire un emprunt à 4 pour 100 quand l'argent est abondant; si le premier prêt est garanti par des hypothèques, il trouvera facilement à emprunter, en subrogeant le nouveau créancier aux droits de l'ancien.

Reste à justifier cette subrogation au point de vue des principes. L'opération est avantageuse au débiteur, cela va sans dire; elle est utile au prêteur, puisqu'il trouve un placement assuré pour ses capitaux. Il n'y a que le créancier qui est lésé, en ce sens qu'il est tenu de recevoir le remboursement d'un capital placé à un intérêt élevé alors que l'intérêt a baissé; en réalité, ce n'est pas le remboursement qui le constitue en perte, c'est la baisse de l'intérêt; quant au payement, il devait bien s'y attendre, puisque c'est un droit du débiteur; que le débiteur paye avec ses propres deniers ou avec des deniers empruntés, cela ne regarde pas le créancier; et que le nouveau prêteur soit subrogé à ses droits, cela ne lui nuit pas; donc, au point de vue pratique, la subrogation se justifie parfaitement. Quant à la difficulté de droit, elle est tranchée par le législateur, qui se guide par des motifs d'intérêt général : qu'importe que la subrogation soit consentie par celui qui n'a pas pouvoir de la consentir? Après tout, la subrogation ne porte atteinte à aucun droit, dès lors le législateur doit être libre d'agir comme il l'entend (1).

II. *Conditions.*

39. L'article 1250 dit que la subrogation se fait quand le débiteur *emprunte* une somme à l'effet de payer sa dette et subroge le *prêteur* dans les droits du créancier. La loi suppose donc que le débiteur paye son créancier avec des deniers *empruntés*, et c'est le nouveau *prêteur* qui profite de la subrogation. Faut-il que le débiteur ait reçu les deniers à titre de prêt? On décide généralement que la loi n'est que démonstrative, qu'elle prévoit le cas ordinaire, sans vouloir exclure les autres cas. Cette interprétation trouve quelque appui dans la tradition. Voici un cas qui s'est présenté sous l'empire du code civil et qui était fréquent dans l'ancien droit. Un père constitue à sa fille une dot en argent : il est stipulé que les

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 191 *bis* I-IV. Toullier, t. IV, 1, p. 97, nº 98.

deniers dotaux seront employés à payer une dette hypothécaire moyennant subrogation. Il a été jugé que la subrogation pouvait se faire en vertu de l'article 1250 (1).

Nous écartons l'ancien droit; l'édit de 1609 était conçu en termes généraux, qui permettaient au débiteur de subroger tous ceux qui *fournissaient* (c'est le terme de l'édit), n'importe à quel titre, les deniers avec lesquels il acquittait sa dette. Le code ne parle que de deniers empruntés et de la subrogation du prêteur. Peut-on étendre le texte à un cas qu'il ne prévoit point? Cela nous paraît très-douteux. Il n'y a rien de *démonstratif* en matière de subrogation, tout est de droit étroit. Vainement dit-on qu'il n'y a aucune raison pour restreindre la disposition au cas de prêt; nous répondrons que c'est bien là le cas pour lequel elle a été introduite; dans l'esprit de l'édit, la subrogation était établie dans l'intérêt de l'emprunteur, tandis que la subrogation consentie moyennant des deniers dotaux aurait plutôt pour objet de garantir le remboursement de la dot. Ce n'est pas là l'hypothèse que le législateur a eu en vue. S'il s'agissait d'un principe de droit commun, on pourrait l'étendre par voie d'analogie, mais la subrogation par le débiteur est trop anomale pour qu'on puisse l'appliquer par voie d'analogie.

40. Faut-il que le débiteur fasse le remboursement intégral de sa dette pour que la subrogation ait lieu au profit du prêteur? On l'a prétendu; la cour de Liége a repoussé cette singulière prétention (2). Sans doute, le créancier peut refuser un payement partiel, et alors il ne peut être question de subrogation. Mais si le créancier consent à recevoir un payement partiel, il ne peut pas empêcher la subrogation, car il y reste étranger; la subrogation est parfaitement valable, parce que l'on est dans le texte et dans l'esprit de la loi.

41. L'article 1250 suppose que le *débiteur* emprunte. Faut-il limiter la subrogation au débiteur principal? Tout

(1) Metz, 16 août 1811. Mourlon, *De la subrogation*, p. 328, et tous les auteurs, excepté Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1866.
(2) Liége, 3 août 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 290).



le monde admet que la subrogation peut être consentie par celui qui a intérêt à payer et qui, à raison de cet intérêt, est subrogé en vertu de la loi lorsqu'il paye de ses propres deniers; s'il emprunte des deniers pour payer, il doit avoir le droit de subroger le prêteur. Cela n'est pas contesté dans le cas prévu par l'article 1251, n° 1, c'est-à-dire lorsque celui qui est lui-même créancier paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges et hypothèques. Il y a un arrêt de la cour de cassation en faveur de cette opinion (1). N'est-ce pas étendre une disposition anomale au delà des limites que la loi a tracées à la fiction? Ce serait bien notre avis. L'art. 1250 ne parle que du *débiteur* qui emprunte; or, le créancier qui paye un créancier antérieur n'est certes pas débiteur. On n'est donc pas dans le texte de la loi, et l'esprit de la loi est également étranger à cette hypothèse. Le créancier qui paye un créancier antérieur ne le fait pas dans le but de profiter d'une réduction ou d'une baisse d'intérêt, son but est tout autre, comme nous le dirons plus loin. Qu'il y ait des raisons pour autoriser la subrogation au profit du prêteur à tous les cas où la loi l'établit au profit de celui qui paye, nous l'admettons volontiers, mais les meilleures raisons du monde ne suffisent pas pour admettre une fiction ou pour l'étendre; or, la subrogation est une fiction et, dans le n° 2 de l'article 1250, elle est de plus en opposition avec les principes de droit; le législateur seul pourrait l'établir, et nous cherchons vainement un texte qui l'établisse. Telle est cependant l'opinion universellement admise, et il en faut tenir compte dans la discussion que nous allons engager.

42. L'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix au payement des créanciers hypothécaires peut-il subroger le prêteur qui lui a avancé les deniers avec lesquels il paye les créanciers? Qu'il puisse le subroger cela n'est contesté par personne. En effet, si l'on admet la subrogation au profit du prêteur dans le cas du n° 1 de l'arti-

(1) Cassation, 7 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 409). Aubry et Rau, t. IV, p. 176, et notes 30 et 31 du § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 343, nos 397 et suiv.



cle 1250, on doit l'admettre à plus forte raison dans le cas du n° 2, puisque l'acquéreur d'un immeuble grevé d'hypothèques est débiteur en un certain sens, étant tenu hypothécairement au payement de la dette. La difficulté est de déterminer les effets de la subrogation.

Voici l'exemple que l'on donne. Je vous vends un immeuble pour 100,000 francs; il est grevé de trois hypothèques en faveur de A, B et C. Vous empruntez une somme de 50,000 francs à l'effet de désintéresser les créanciers A et B. Puis l'immeuble est saisi et vendu sur un sous-acquéreur. Se présentent à l'ordre, le prêteur pour 50,000 francs, le créancier C non payé, et le vendeur pour les 50,000 francs qui restent dus. Le prêteur subrogé aux créanciers A et B primera-t-il le créancier C et le vendeur? La question était controversée dans l'ancien droit, elle l'est encore en droit moderne. Nous croyons que le prêteur prime le vendeur et le créancier postérieur.

La difficulté est celle-ci : l'acquéreur qui paye les créanciers avec des deniers empruntés en subrogeant le prêteur le subroge-t-il aux droits des créanciers ou le subroge-t-il aux droits du vendeur? Si le prêteur est subrogé au vendeur, celui-ci peut invoquer le principe de l'art. 1252, d'après lequel la subrogation ne nuit pas au subrogeant; le vendeur primera donc le prêteur et le prêteur sera aussi primé par le créancier postérieur qui est l'ayant cause du vendeur. Si, au contraire, le prêteur est subrogé aux droits des créanciers qu'il paye, il primera le vendeur et le créancier postérieur, parce qu'il exerce les droits des créanciers qui auraient certainement primé le vendeur et le créancier postérieur.

A notre avis, la question est décidée par le texte de l'article 1251, n° 2. La loi subroge l'acquéreur qui paye les créanciers inscrits sur l'immeuble vendu. A qui le subroge-t-elle? Naturellement aux créanciers qu'il paye, donc l'acquéreur qui paye le prix de ses deniers est subrogé aux droits des créanciers; par conséquent s'il paye ses créanciers avec des deniers empruntés, il subroge le prêteur dans les droits desdits créanciers. Cela nous paraît décisif.

Il y a cependant une objection très-sérieuse. Dans le cas de l'article 1250, n° 2, c'est le *débiteur* qui subroge le prêteur dans les droits du *créancier*. Or, qui est débiteur dans l'espèce et qui est créancier? C'est l'acquéreur qui est débiteur et c'est le vendeur qui est créancier; c'est en acquit de cette dette que l'acquéreur paye son prix aux créanciers inscrits; ceux-ci ne sont, en réalité, que les mandataires du vendeur, l'acquéreur n'est pas leur débiteur, il est tiers détenteur, et qui dit tiers détenteur dit *tiers* à la *dette*; l'acquéreur n'est donc pas leur débiteur, et ils ne sont pas ses créanciers. Dès lors on n'est pas dans les conditions de la subrogation de l'article 1250, n° 2; le prêteur sera, à la vérité, subrogé, mais il ne sera pas subrogé aux créanciers, il sera subrogé au vendeur, dont les créanciers ne sont que les mandataires. La conséquence est que le vendeur et ses ayants cause peuvent opposer l'article 1252 au prêteur. Il est très-vrai que l'acquéreur n'est pas le débiteur personnel des créanciers inscrits, mais il est tenu à leur égard hypothécairement, c'est à ce titre de débiteur hypothécaire que la loi lui permet de payer avec subrogation les créanciers inscrits, donc c'est bien à ces créanciers qu'il est subrogé. L'acquéreur réunit deux qualités dans sa personne, il est débiteur personnel et il est débiteur hypothécaire; comme débiteur personnel, il peut payer au vendeur avec subrogation; dans ce cas, il sera primé en vertu de l'art. 1252; comme débiteur hypothécaire, il peut payer les créanciers inscrits et, dans ce cas, le vendeur ne peut pas lui opposer l'article 1252, puisque ce n'est pas à lui que le prêteur est subrogé (1).

Il y a un arrêt de la cour de Nîmes en faveur de cette opinion, et la cour de cassation l'a confirmé. Les deux décisions sont très-bien motivées (2).

43. Quand la subrogation est consentie par le créan-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 176, note 31 du § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 344, nos 399-403. Larombière, t. III, p. 44, n° 39 de l'article 1252 (Ed. B., t. II, p. 274). En sens contraire, Renusson, Merlin, Toullier, Duranton, Pont et Gauthier.

(2) Nîmes, 29 janvier 1861, et Rejet, 28 avril 1863 (Dalloz, 1863, 2, 21, et 1863, 1, 329).

cier, le simple consentement du subrogeant suffit, aucune forme n'est requise; si les parties dressent un écrit, c'est seulement pour avoir une preuve littérale de leur convention. Il n'en est pas de même de la subrogation consentie par le débiteur; pour qu'elle soit valable, dit l'art. 1250, 2°, il faut que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires. Cela ne suffit point, la loi indique ce que l'acte d'emprunt doit contenir; il faut qu'il y soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement. Et il faut que dans la quittance il soit déclaré que le payement a été fait des deniers prêtés.

Quelle est la raison de ces formalités? Mourlon dit qu'il est très-difficile de la préciser. Il ne suffit pas de répondre que la loi a voulu prévenir la fraude, il faut dire en quoi la fraude consiste et en quel sens les formalités prescrites par la loi l'empêchent ou la rendent plus difficile.

J'ai un immeuble valant 50,000 francs hypothéqué à deux créanciers; Pierre est inscrit pour 50,000 francs, Paul pour 50,000. Je paye le premier : l'hypothèque est éteinte, le second créancier devient le premier en rang. Pressé par le besoin, je veux emprunter de nouveau une somme de 50,000 francs, je n'ai aucune garantie à offrir, mon immeuble étant hypothéqué pour toute sa valeur. Pour assurer une garantie au nouveau prêteur j'antidate l'emprunt en lui donnant une date antérieure au payement du premier créancier hypothécaire, comme si l'emprunt avait été fait pour payer ce créancier. L'acte est frauduleux; il me procurera une somme de 50,000 francs, mais ce sera aux dépens du second créancier hypothécaire, qui, devenu premier créancier par l'effet du payement réel, redescendra au second rang par l'effet de la subrogation frauduleuse. L'acte authentique exigé par l'article 1250 prévient cette fraude, car on n'antidate pas les actes authentiques. Il faut ajouter qu'un acte authentique n'est pas nécessaire, il suffisait d'exiger un acte sous seing privé ayant date certaine.

Voici une autre fraude. Je paye le premier créancier hypothécaire avec des deniers qui m'appartiennent; mais,

en vue des éventualités de l'avenir, je veux me procurer, par fraude, le moyen de reprendre les 50,000 francs que je paye au créancier. Dans ce but, je fais un acte d'emprunt simulé et je subroge le prêteur fictif dans les droits du créancier; je paye celui-ci avec mes deniers, mais en faisant constater par la quittance que ces deniers sont empruntés. Armé de ces deux actes, je pourrai, de collusion avec le prêteur, me présenter à l'ordre sur l'immeuble vendu et me faire payer de préférence aux créanciers postérieurs, que je dépouille réellement de leurs droits par cette fraude. L'acte authentique que la loi prescrit préviendra-t-il la fraude que je veux pratiquer au préjudice de mes créanciers? Non, mais elle la rendra plus difficile. La fraude pourra toujours se faire si je trouve un complice, mais les prête-noms reculent souvent devant la nécessité de constater la fraude dans un acte authentique; puis le notaire, s'il s'aperçoit de la fraude, refusera son ministère; enfin, le prêteur fictif peut être trompé lui-même, il sera éclairé par ce qui se passera en présence du notaire. L'authenticité est donc un frein contre la fraude, mais un frein malheureusement insuffisant (1).

Il y a encore une troisième fraude possible. Je m'adresse successivement à plusieurs capitalistes pour emprunter la même somme avec la même subrogation. Si j'en trouve deux qui consentent à m'avancer la somme que je demande, l'un des deux sera trompé. L'authenticité prévient-elle cette fraude? Non, elle la rend seulement plus difficile, puisqu'elle donne une certaine publicité aux actes. Il y a une garantie plus efficace, c'est la publicité légale et complète prescrite par notre loi hypothécaire. Nous reviendrons sur ce point.

Ce que nous venons de dire concerne l'authenticité de l'acte d'emprunt. Quant à l'authenticité de la quittance, elle prévient les *postdates*. J'ai payé depuis plusieurs années un créancier qui avait une première inscription sur mon immeuble. Je fais un nouvel emprunt en m'entendant avec l'ancien créancier, qui consent à me donner une nouvelle

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 365, n[os] 191 *bis* VI-VIII.

quittance comme s'il venait de recevoir son payement. Par cette convention frauduleuse avec le premier créancier, je fais revivre sa créance et je l'éteins fictivement moyennant le nouvel emprunt. Cette fraude serait facile si les actes pouvaient se faire sous seing privé, car on postdate aussi facilement que l'on antidate. La fraude devient plus difficile quand la subrogation doit se faire par-devant notaires. Mon ancien créancier aurait pu me donner une quittance nouvelle, à la légère, sans comprendre mon intention frauduleuse; il reculera quand il apprendra de quoi il s'agit. Puis, comme nous venons de le dire, on se décide plus facilement à jouer le rôle de prête-nom en secret qu'en public. Toujours est-il que si la fraude est rendue plus difficile, il est impossible de l'empêcher quand il se trouve des fraudeurs décidés à tout braver.

44. Maintenant que nous connaissons le but des formes prescrites par l'article 1250, il reste à en déterminer le caractère juridique. On a écrit que la subrogation consentie par le débiteur est un acte *solennel* (1). Les actes solennels sont ceux pour l'existence desquels certaines formes doivent être observées : telle est la donation. Veut-on dire que la subrogation sera inexistante si l'acte d'emprunt et la quittance ne sont pas dressés dans les formes exigées par la loi? A notre avis, la subrogation n'est pas un acte solennel en ce sens. Les solennités requises pour l'existence d'un acte juridique sont celles qui tiennent au consentement; le consentement est censé ne pas exister quand il n'est pas exprimé dans les formes solennelles. Or, les formalités de l'article 1250 n'ont rien de commun avec le consentement des parties contractantes, il n'y a donc pas lieu de les considérer comme substantielles. Mais elles sont nécessaires pour la validité de la subrogation. Il ne suffit pas que l'emprunt et le payement moyennant les deniers empruntés soient constants pour que le prêteur soit subrogé, il faut un acte authentique d'emprunt et une

(1) Mourlon, *De la subrogation*, p. 318. Comparez Demolombe, t. XXVII, p. 381, n° 434.

quittance authentique contenant les indications requises par la loi (1).

De ce que les formalités sont requises seulement pour la validité et non pour l'existence de la subrogation, faut-il conclure que la nullité pourrait être couverte par la confirmation expresse ou tacite des parties intéressées? Il est vrai que les actes nuls sont susceptibles de confirmation, tandis qu'on ne confirme pas les actes inexistants; mais il y a un autre principe qui s'oppose à ce que l'on confirme la subrogation irrégulière, c'est que les formes sont prescrites dans l'intérêt des tiers pour prévenir la fraude, elles sont donc d'intérêt général; or, les nullités d'ordre public ne peuvent pas se couvrir par la confirmation; confirmer, c'est renoncer au droit que l'on a de demander la nullité; les parties intéressées peuvent bien renoncer à un droit qui est établi en leur faveur, elles ne peuvent pas renoncer à ce qui est d'intérêt général. Cela est décisif.

45. Il faut un acte d'emprunt authentique et une quittance authentique. De là suit qu'il n'y aurait pas de subrogation s'il n'y avait pas d'acte d'emprunt, quand même la quittance porterait que la dette a été payée moyennant des deniers empruntés. En effet, rien ne constaterait l'origine et la destination de ces deniers (2). La subrogation serait encore nulle si l'emprunt et le payement s'étaient faits sans actes et qu'ensuite les parties se fussent présentées chez un notaire pour constater authentiquement l'emprunt et le payement. Cela a été décidé ainsi par la cour de Rouen. Aucun acte, dit l'arrêt, ne constatait quel jour le débiteur avait fait l'emprunt, ni quel jour il avait remboursé son créancier, ni si, en empruntant, il avait déclaré que son intention était de faire avec l'argent prêté le remboursement de sa dette, ni si, en payant, il avait déclaré réaliser cette intention. A la vérité, le prêteur et l'emprunteur s'étaient présentés postérieurement devant un notaire et avaient déclaré, l'un qu'il avait prêté antérieurement au débiteur une somme que celui-ci reconnais-

(1) Rejet, 14 novembre 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1874, 1°).
(2) Orléans, 4 juillet 1843 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1884).

sait avoir reçue pour servir au remboursement de la rente due à son créancier, l'autre qu'il avait employé cette somme à faire le payement; enfin le créancier reconnaissait qu'il avait reçu antérieurement le remboursement de la rente. La cour décida que les déclarations des parties devant le notaire de ce qu'elles avaient fait arrière de lui ne pouvaient suppléer aux actes que l'article 1250 leur impose la nécessité de passer devant lui : une pareille manière de procéder favoriserait les fraudes que le but de la loi a été précisément d'empêcher (1). Nous croyons que cette décision est fondée sur la rigueur des principes, bien qu'il y ait des arrêts moins sévères, comme nous le dirons plus loin.

46. Il ne faut pas conclure de là qu'il faille nécessairement rédiger deux actes authentiques, le premier pour constater l'emprunt et la destination des deniers prêtés, le second pour constater le payement fait avec les deniers empruntés. Il suffit de dresser un seul écrit qui constate tout ensemble le prêt et le payement, avec la double mention que les fonds ont été prêtés pour payer le créancier et que le payement a été effectué avec les fonds provenant de l'emprunt. D'après le texte de la loi, il semble que deux actes soient nécessaires, mais il ne faut pas isoler, en cette matière, le texte de la tradition; or, la tradition est constante, elle admettait qu'un seul acte suffisait. Ce n'est point par un relâchement qui serait une déviation de la rigueur du droit, c'est, au contraire, parce qu'un pareil procédé remplit mieux le vœu de la loi. D'abord l'acte unique, nous le supposons, contient toutes les déclarations que la loi exige; quant à l'origine, à la destination et à l'emploi des deniers, il constate les faits juridiques qui constituent la subrogation. Ne serait-il pas frustratoire et presque puéril d'exiger que le notaire rédigeât deux actes pour constater des faits qui se passent simultanément en sa présence et qu'il peut constater par un seul et même acte? Pourquoi la loi exige-t-elle des actes authentiques contenant les mentions qu'elle prescrit?

(1) Rouen, 21 mai 1852 (Dalloz, 1853, 2, 113).

Pour avoir la certitude que les fonds empruntés ont été employés au payement de la créance à laquelle le prêteur est subrogé. Or, la certitude est complète quand le notaire constate par un seul et même acte que le débiteur a emprunté des deniers à Pierre pour désintéresser Paul et le subroger aux droits du créancier payé avec les deniers empruntés (1).

47. L'article 1250 veut que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement. Nous en avons dit la raison : l'origine et la destination des deniers doivent être constatées authentiquement afin que l'on ait la certitude que l'opération a eu pour but de subroger le prêteur au créancier qui sera payé avec les deniers prêtés. On demande s'il faut déclarer la dette qui doit être payée moyennant l'emprunt. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Mourlon (2): Il y a un motif de douter très-sérieux en cette matière, qui est de droit étroit, c'est que la loi n'exige pas formellement l'indication de la dette. Toutefois nous croyons que la nécessité de cette indication résulte du texte et de l'esprit de l'article 1250. La loi commence par dire qu'il y a subrogation quand le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer *sa dette,* donc une dette déterminée, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier, c'est-à-dire du créancier de cette dette. Puis vient la condition de forme, l'acte d'emprunt où il est déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement : le payement de quoi? De la dette qui doit être acquittée avec les deniers prêtés, donc de la créance déterminée dont parle le commencement de l'article. Concevrait-on la subrogation à une créance indéterminée, le prêteur mis en lieu et place d'un créancier que l'on ne désigne pas, et exerçant des droits que l'on ne connaît pas? Inutile d'insister.

48. La quittance doit contenir la déclaration que le

(1) Rennesson, p. 277, chap. X, n° 18. Mourlon, p. 294; Aubry et Rau, t. IV, p. 179, note 39, § 321. Orléans, 19 décembre 1863, et Rejet, 14 février 1865 (Dalloz, 1865, 1, 255).

(2) Gauthier, *De la subrogation,* p. 98, n° 63 *bis.* Aubry et Rau, t. IV, p. 177, note 33, § 621. Demolombe, t. XXVII, p. 357, n° 409. En sens contraire, Mourlon, *De la subrogation,* p. 263.



payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. C'est une disposition traditionnelle dont Renusson explique les motifs. La loi ne se contente pas d'une quittance qui constate simplement que la dette a été payée, parce qu'une quittance pure et simple du créancier qui tient quitte son débiteur éteint la dette, et une dette éteinte ne peut plus revivre; cela implique contradiction. En second lieu, on a voulu empêcher les fraudes. Nous rencontrons la fraude à chaque pas en cette matière. Renusson en signale une nouvelle à propos d'une quittance pure et simple. Il arrive souvent, dit-il, que des personnes ayant emprunté des deniers pour acquitter leurs dettes, se font donner des quittances pures et simples, en dressant des actes séparés pour constater la subrogation; par ce moyen elles dissimulent leurs affaires, cachent l'emprunt qu'elles ont été obligées de contracter; les quittances attestant en apparence qu'elles ont payé de leurs propres deniers, elles trouvent facilité pour faire de nouveaux emprunts, parce que les tiers croient leurs affaires en meilleur état qu'elles ne sont; après cela, il se trouve que les biens sont insuffisants pour payer les dettes, et les tiers sont trompés et frustrés de leur dû (1).

49. Qui doit faire les déclarations prescrites par la loi? Sur ce point, l'article 1250 garde le silence, il s'exprime d'une manière indéterminée : *la loi* veut qu'*il soit déclaré,* elle ne dit pas par qui les déclarations doivent être faites. Cela est décisif. La cour d'Orléans a raison de dire qu'il faut sans doute exiger la réunion de toutes les conditions voulues par la loi, mais que l'on doit aussi se garder, en ajoutant à son texte, de faire périr une subrogation légalement convenue. La cour décide ensuite que la loi ne déterminant pas par qui les déclarations doivent être faites, il suffit qu'elles se fassent par la partie qui comparaît devant le notaire. Nous croyons que la décision est bonne, mais il n'en est pas de même des motifs allégués par la cour; et il importe en toute ma-

(1) Renusson, p. 377, chap. XII, n° 35. Toullier, t. IV, 1, p. 119, n 130.

tière, et surtout dans la nôtre, que les juges motivent rigoureusement leurs arrêts, puisqu'ils servent de précédents pour la science du droit. Les actes d'emprunt et de quittance, dit l'arrêt, constatent des conventions unilatérales. Cela n'est pas exact; toute convention exige le concours du consentement des deux parties; il n'y a pas d'emprunt sans le consentement du prêteur et de l'emprunteur, il n'y a pas de payement sans une offre faite par le débiteur et une acceptation du créancier. Nous ne pouvons donc pas admettre que l'acte d'emprunt se fasse sans la présence du prêteur et que la quittance soit dressée sans le concours de volonté du débiteur. Ce qui est vrai, c'est que les parties peuvent indistinctement faire les déclarations qui doivent se trouver dans les actes d'emprunt et de quittance. La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (1).

50. Quand les actes ne contiennent pas les déclarations prescrites par la loi, il n'y a pas de subrogation. La jurisprudence de la cour de cassation est, en général, très-sévère sur ce point, et avec raison, car il s'agit de sauvegarder l'intérêt des tiers, en les mettant à l'abri des fraudes qui abondent en cette matière. Dans un acte d'emprunt il est dit que le débiteur reconnaît devoir telle somme pour prêt, que le prêteur lui a fait *tant précédemment que présentement comptant, à la vue et arrière du notaire*. On ne disait pas quelle était la portion de la somme qui aurait été précédemment payée, ni à quelle époque plus ou moins rapprochée une portion quelconque de cette somme aurait été payée présentement; on ne disait pas même si l'emprunt antérieur avait été fait avec cette destination qu'il serait employé à acquitter les dettes de l'emprunteur. Ainsi une partie inconnue de l'emprunt n'avait point été faite devant notaire; cette partie avait été livrée à l'emprunteur à une époque également inconnue, il n'était pas même articulé que cette partie lui aurait été livrée avec destination d'emploi. La cour de

(1) Orléans, 14 août 1845 (Dalloz, 1846, 2, 72). Gauthier, p. 182, n° 166. Demolombe, t. XXVII, p. 357, n° 410.

Rouen en conclut que la subrogation était nulle et, sur le pourvoi, la cour de cassation décida que l'arrêt attaqué avait fait une juste application de l'article 1250 (1).

Dans une autre espèce jugée par la cour de cassation, l'acte litigieux ne constatait ni le prêt actuel des deniers, ni le payement fait avec ces deniers. L'acte se bornait à rappeler un payement, par conséquent un emprunt antérieurement fait; il était dit que la somme avait été payée au créancier par le débiteur, qui reconnaissait l'avoir reçue hors de la vue du notaire et des témoins. Deux conséquences nécessaires résultaient de cette énonciation, dit la cour d'Orléans ; la première, qu'un payement avait été fait sans énonciation de l'origine et de l'emploi des deniers ; ce payement avait éteint la créance, et on n'avait pu la faire revivre par une déclaration postérieure, pour céder les priviléges et les hypothèques qui y étaient attachés, mais qui s'étaient éteints avec la créance principale. En admettant donc que les deniers eussent été fournis par un prêteur, celui-ci n'aurait pas pris la précaution prescrite par la loi de faire constater, au moment du prêt, la destination spéciale des deniers prêtés et d'exiger la subrogation dans les droits du créancier qui devait être remboursé avec les deniers prêtés. Sur le pourvoi en cassation, la cour jugea que la créance hypothécaire ayant été éteinte purement et simplement par un payement fait au créancier, sans déclaration de l'origine et de l'emploi des deniers, la cour d'appel n'avait pu avoir égard à des déclarations tardives faites après coup pour procurer une subrogation dénuée des garanties prescrites par l'article 1250 (2).

51. Les déclarations faites dans les actes d'emprunt et de quittance sont-elles suffisantes ou non? C'est une question d'interprétation que les juges du fait décident souverainement. Nous citerons une espèce dans laquelle la déclaration a été jugée insuffisante, ne fût-ce que pour rappeler aux notaires que la plus simple prudence leur

(1) Rejet, 19 avril 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1878).
(2) Orléans, 4 juillet 184[illegible] ; Rejet, 28 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 147).

commande de s'en tenir strictement à la loi. L'acte constatait un prêt avec garantie hypothécaire; il était dit que l'*emprunteur promettait* d'employer les deniers prêtés à payer le prix encore dû d'un domaine et de subroger le prêteur dans le privilége du vendeur. La cour dit que le prêteur n'accepta pas cette *promesse:* c'était, dit-elle, suivre la foi de l'emprunteur et se contenter d'une simple *espérance* que la promesse serait remplie, ce qui ne lui donnait aucune action pour le contraindre à l'exécuter (1). A notre avis, cette interprétation est trop rigoureuse et inexacte à force de rigueur, Le mot *promettre* en droit est synonyme de s'obliger; celui qui *promet* de vendre vend s'il y a aussi *promesse* d'acheter (art. 1589). Quant à l'acceptation de la promesse, elle résulte de la signature du prêteur, puisque la loi n'exige pas qu'elle soit faite d'une manière expresse. Il y avait donc plus qu'une simple *espérance,* il y avait engagement de subroger avec indication de l'emploi; donc il était satisfait à l'article 1250 en ce qui concerne l'acte d'emprunt.

52. Faut-il une déclaration expresse de subrogation? La négative est certaine, l'article 1250 n'exige pas de subrogation expresse, et le silence de la loi décide la question, puisqu'il n'appartient pas à l'interprète d'ajouter à la loi en exigeant une condition que le législateur n'a pas prescrite (2). C'est une dérogation à l'ancien droit, et elle n'est pas heureuse. Quand la subrogation est consentie par le créancier, la loi veut qu'elle soit expresse. Pourquoi? Parce que c'est une fiction, donc une disposition exceptionnelle par excellence. Est-ce que la subrogation consentie par le débiteur n'est pas une fiction? C'est plus qu'une fiction, c'est une anomalie, puisque le débiteur cède fictivement une créance qui ne lui appartient pas. Il y avait donc un motif de plus pour exiger que la subrogation fût expresse.

53. Les actes notariés doivent-ils être dressés au moment même de l'emprunt et du payement? Cette question

(1) Pau, 25 août 1851 (Dalloz, 1851, 2, 248).
(2) Duranton, t. XII, p. 211, n° 133. Aubry et Rau, t. IV, p. 179, note 37, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 360, n° 413.

est controversée et elle est douteuse. Quand on dit que le notaire doit dresser acte de l'emprunt au moment où il se fait, cela ne veut pas dire que les deniers doivent être remis en sa présence par le prêteur à l'emprunteur; autre chose est la convention d'emprunt, autre chose est la remise des espèces. De même, quand on dit que le notaire doit dresser acte du payement, c'est-à-dire de la quittance, cela ne veut pas dire que le débiteur doit remettre les deniers au créancier en présence du notaire, les parties intéressées peuvent déclarer au notaire que le payement vient d'être fait moyennant les deniers empruntés; le versement peut donc précéder l'acte par lequel le créancier reconnaît avoir reçu le payement fait avec les deniers empruntés. Nous laissons de côté pour le moment le fait matériel de la remise des deniers, pour examiner d'abord la question de savoir si l'acte notarié doit être dressé au moment même où se fait l'emprunt et le payement.

Il faut préciser le vrai point de la difficulté. Il y a un cas dans lequel il est certain que la subrogation est nulle, c'est lorsque l'acte notarié constate un prêt fait antérieurement, sans indication d'emploi. Les deniers sont devenus, dans ce cas, la propriété de l'emprunteur, il en dispose comme il l'entend; dès lors on ne conçoit point que plus tard l'emprunteur s'oblige à employer ces deniers à acquitter une dette, ce ne sont plus des deniers empruntés, ce sont des deniers devenus la propriété de l'emprunteur; or, ce n'est qu'en cas d'emprunt fait avec une certaine destination que la loi permet la subrogation; donc c'est au moment où l'emprunt se fait que la destination de la somme prêtée doit être stipulée par les parties intéressées. Si elles commencent par consentir purement et simplement un emprunt, tout est consommé, il ne peut plus y avoir de subrogation. Il en est de même si un payement se fait moyennant des deniers dont l'origine et la destination ne sont pas constatés et sans indication d'emploi, c'est un payement pur et simple qui éteint la dette; et une fois la dette éteinte, on ne peut plus la ressusciter pour la céder à titre de subrogation. Vainement dresserait-on ensuite un acte notarié où l'on déclarerait qu'il y a eu un emprunt

avec destination des deniers prêtés et un payement réalisé avec ces deniers; on ne peut pas subroger à une créance qui n'existe plus. La jurisprudence est en ce sens; nous avons cité les arrêts (n°s 45, 50). Cela nous paraît incontestable.

Mais voici une autre hypothèse dans laquelle la question devient douteuse. J'ai besoin d'une somme d'argent pour payer immédiatement mon créancier qui me poursuit. Vous me prêtez cette somme, avec stipulation expresse qu'elle servira à éteindre la dette et que je vous subrogerai aux droits du créancier. Je paye la dette avec les deniers empruntés, en faisant la déclaration d'emploi. Aucun acte n'est dressé pour le moment, mais il est entendu que les actes seront dressés plus tard; s'ils le sont et s'ils constatent les faits tels que nous venons de les supposer, y aura-t-il subrogation? Dans cette hypothèse, à la différence de la première, il y a eu une convention de subrogation antérieure aux actes; on ne peut pas dire que les deniers aient été prêtés sans condition d'emploi, la condition a été stipulée; on ne peut pas dire qu'il y ait eu payement pur et simple, car il a été fait avec condition de subrogation. Si la loi n'exigeait point d'écrit authentique constatant l'emprunt et le payement, tout serait consommé, la subrogation existerait. Qu'est-ce qui manque donc à la subrogation pour qu'elle soit valable? Que les faits qui se sont passés soient constatés par acte notarié. Quand ces actes sont dressés, les conditions requises par la loi sont remplies, il y a un acte ou des actes authentiques qui constatent que le payement s'est fait en vue de la subrogation, avec des deniers empruntés à cet effet, et sous cette condition.

On objecte que cette interprétation de l'article 1250 est en opposition avec l'esprit de la loi. Le législateur, dit-on, a voulu empêcher que, par des déclarations inexactes, soit sur la destination de la somme empruntée, soit sur l'origine des deniers employés au payement, on pût faire une subrogation qui n'aurait pas été convenue au moment de l'emprunt, ou qui serait devenue impossible par un payement pur et simple; on comprend que ce but serait

complétement manqué si des déclarations faites après coup devaient être considérées comme établissant d'une manière suffisante la destination des fonds empruntés, ou leur emploi au payement de la dette (1). En invoquant l'esprit de la loi, on avoue implicitement que le texte ne prescrit pas la simultanéité de la convention et de l'acte qui la constate; cela décide la question; dès que le texte n'exige pas cette simultanéité, l'interprète ne peut pas l'exiger comme une condition de validité de la subrogation. Nous disons plus : le législateur a bien fait de ne pas établir cette présomption de fraude, car c'est à cela qu'aboutit la doctrine que nous combattons. Sans doute les déclarations que les parties font postérieurement à la convention par-devant notaires peuvent être inexactes; les tiers ont le droit, en ce cas, de les attaquer. Mais fallait-il *à priori* les présumer inexactes par cela seul qu'elles ne seraient pas simultanées? Le législateur ne l'a pas fait, et il a eu raison de ne pas le faire. Y a-t-il une garantie de sincérité par cela seul que l'acte se fait au moment même où les conventions interviennent? Les déclarations des parties ne peuvent-elles pas être mensongères à quelque moment qu'on les fasse? Tout ce que l'on peut dire, c'est que la fraude sera plus facile lorsque l'acte se passe plus ou moins longtemps après que les conventions sont intervenues. Mais de ce qu'il peut y avoir des actes simulés, fallait-il conclure que tous les actes postérieurs aux conventions sont simulés? Telle est la vraie question. Le silence de la loi prouve que le législateur n'a pas voulu établir une pareille présomption. Il y aurait une rigueur excessive à annuler la subrogation parce la seul que ses actes n'auraient pas été reçus au moment même de l'emprunt et du payement. Le législateur doit tenir compte de la réalité des choses. Bien des motifs peuvent empêcher les parties de faire dresser immédiatement un acte notarié de leurs conventions; il serait contraire au droit et à l'équité d'annuler la subrogation, quoique sincère, parce que les parties ont été dans l'impossibilité de s'adresser à un notaire

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 178, note 34, § 321.

au moment même où elles contractaient. Il peut y avoir négligence : est-ce qu'une simple négligence doit priver le prêteur du bénéfice de la subrogation, alors que les conventions qui ont précédé l'acte sont sincères ? Il peut y avoir fraude ; eh bien, les tiers auront l'action en nullité. On ne doit pas présumer la fraude alors que la sincérité est possible (1).

54. Si la convention peut précéder l'acte qui la constate, à plus forte raison ne peut-on pas exiger que les deniers soient remis par le prêteur à l'emprunteur au moment de l'acte d'emprunt, ni que les deniers soient versés entre les mains du créancier au moment où le notaire dresse la quittance. Que la loi ne l'exige pas, cela nous paraît certain, elle veut seulement que les deniers qui servent à payer le créancier proviennent de l'emprunt. Un premier point est admis par tout le monde, c'est qu'il n'est pas nécessaire que les deniers remis au créancier soient identiquement les deniers remis par le prêteur à l'emprunteur. Cette identité eût été le plus souvent impossible, à moins d'exiger la simultanéité de toute l'opération, c'est-à-dire l'emprunt et le payement en un seul et même contexte ; c'est ce que la loi n'a certainement pas exigé ; le législateur s'est contenté des déclarations reçues par le notaire (2), sauf aux tiers à en contester la sincérité. Le législateur aurait eu tort de demander plus. Ce formalisme excessif aurait dépassé le but. La remise des deniers en présence du notaire, lors de l'acte d'emprunt et lors de la quittance, serait-elle une garantie de sincérité ? Non, l'expérience prouve le contraire, puisque rien n'est plus facile que de faire des remises simulées. Et si la remise était réelle, elle pourrait compromettre les intérêts du prêteur. C'est une grande imprudence de sa part que de se dessaisir des deniers qu'il prête au moment où l'emprunt se contracte ; en effet, l'emprunteur peut les dis-

(1) Comparez Larombière, t. III, p. 278, n° 78 de l'article 1250 (Ed. B., t. II, p. 224). Colmet de Santerre, t. V, p. 367, n° 191 *bis* IX. Demolombe, t. XXVII, p. 362, n° 415. Mourlon, p. 280 et suiv. Gauthier, p. 188, n° 190.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 179, note 38, § 321. Colmet de Santerre, t. V, p. 369, n° 191 *bis* XI. Demolombe, t. XXVII, p. 371, n° 422.

siper ou les employer à une autre destination. Il fallait donc laisser toute latitude aux parties intéressées. Sans doute il y a encore un autre intérêt, celui des tiers, mais il est suffisamment sauvegardé par l'action en nullité qui leur appartient. Quant à la remise des deniers lors de l'acte qui constate le payement, le prêteur aurait certes intérêt à ce qu'il ne se fît qu'à ce moment, mais il se peut qu'il ait dû se faire plus tôt; quand le créancier exerce des poursuites, ou menace de poursuivre le débiteur, le prêt et le payement doivent se faire de suite, avant que l'on puisse recourir à un notaire pour dresser les actes. Le législateur a donc dû permettre aux parties d'agir selon les circonstances (1).

55. La jurisprudence est hésitante; les juges décident d'après la conviction qu'ils ont de la sincérité des actes, et ils formulent les principes d'après les circonstances. Un arrêt de la cour d'Orléans décide en termes formels qu'exiger comme condition substantielle de la subrogation que l'acte d'emprunt constate la réalisation, à la vue du notaire, des espèces fournies, ce serait ajouter aux exigences de la loi (2). Un autre arrêt de la même cour est plus sévère, au moins si l'on s'en tient aux considérants. Une quittance dressée le 17 septembre constate que le payement a eu lieu le 11 juillet. L'arrêt dit que cela prouve que la dette était définitivement éteinte au moment où la quittance subrogatoire avait été dressée. Cela est possible en fait, mais la cour a eu tort d'eriger le fait en droit. Sans doute la libération s'opère par le payement, lequel se trouve seulement constaté par la quittance (2); est-ce à-dire que lorsque la quittance est écrite postérieurement au payement, la subrogation devienne impossible? Oui, si le payement a été pur et simple, c'est-à-dire s'il n'a pas été fait avec condition de subrogation. Non, si, lors du payement, il a été dit qu'il se faisait avec des deniers empruntés, sous condition de subrogation et avec la réserve qu'une quittance subrogatoire serait dressée par acte no-

(1) Orléans, 19 décembre 1863, et Rejet, 14 février 1865 (Dalloz, 1865, 1, 255).
(2) Orléans, 10 janvier 1850 (Dalloz, 1851, 2, 124).

tarié. Il faut donc examiner ce qui s'est passé entre les parties lors du payement avant de décider en droit.

La cour de Douai a jugé en termes plus absolus encore que le but de la loi ne peut être atteint que par la simultanéité du payement et de la quittance subrogatoire; que s'il était permis de séparer ces deux faits par un intervalle de temps, il en résulterait non-seulement un défaut de certitude sur l'origine des deniers employés au payement du créancier, mais encore la possibilité de faire revivre avec les garanties hypothécaires une créance éteinte par un payement pur et simple. La possibilité de la fraude suffit-elle pour la présumer dans tous les cas? et la loi a-t-elle établi cette présomption? Telle est la vraie difficulté, et sur ce point l'arrêt ne dit rien (1).

La cour de cassation ne prononce guère, en cette matière, que des arrêts de rejet, et ces arrêts n'ont pas une grande autorité de doctrine. Toutefois elle est restée plus fidèle au texte de la loi que les cours dont nous venons d'analyser les décisions. Dans une espèce, le pourvoi soutenait la thèse que nous avons combattue, c'est-à-dire qu'au moment même de l'emprunt les deniers doivent être remis à l'emprunteur et que cette remise doit être constatée authentiquement. La cour répond que cette doctrine dépasse la loi; l'article 1250 n'exige l'authenticité que pour l'acte d'emprunt, il n'impose pas, comme condition essentielle de la validité de la subrogation, la numération immédiate des fonds empruntés. La remise des valeurs, qui réalise la convention primitive et consomme le prêt, peut donc être effectuée après l'acte public d'emprunt et n'être constatée que par des quittances privées. Le prêt avait été fait sous forme d'ouverture de crédit, et la convention avait été constatée par acte notarié; on ne pouvait certes pas exiger le versement préalable ou immédiat des fonds, puisqu'il est de la nature de ce contrat que le crédité touche les fonds au fur et à mesure de ses besoins, et ces versements successifs sont constatés par un simple reçu (2).

(1) Douai, 10 février 1853 (Dalloz, 1854, 2. 199).
(2) Rejet, 28 avril 1863 (Dalloz, 1863, 1. 329).

56. L'emprunt et le payement doivent-ils être simultanés? Dans l'opinion que nous combattons on devrait aller jusque-là, puisque c'est le seul moyen d'éviter la fraude; encore ne l'éviterait-on pas si toutes les parties contractantes veulent se faire complices de la fraude. Mais ici la tradition et le texte de la loi sont formels. Pothier dit : « Il n'importe quel temps se soit écoulé entre le prêt fait par le nouveau créancier et le payement fait à l'ancien (1) ». L'article 1250 consacre la doctrine traditionnelle; il suppose deux actes, un emprunt et une quittance, donc un intervalle entre ces deux actes; la loi ne prescrit rien sur la durée de cet intervalle (2). Pourquoi le code n'a-t-il pas exigé la simultanéité de l'emprunt et du payement? Parce que souvent la simultanéité eût été impossible; or, le législateur favorise la subrogation; pour l'établir, il recourt à une fiction, il déroge aux principes, dès lors il devait aussi laisser aux parties intéressées la latitude nécessaire pour procéder aux diverses opérations selon les circonstances.

Cependant, plus le délai qui s'écoule entre l'emprunt et la subrogation est long, plus la fraude devient probable. Celui qui emprunte pour payer une dette est pressé de payer, puisque c'est par intérêt ou par nécessité qu'il contracte l'emprunt, il n'a donc aucune raison d'attendre; s'il attend, l'opération devient suspecte, il est à craindre qu'il n'y ait quelque simulation. Est-ce à dire qu'il y ait présomption de fraude? Il ne peut être question d'une présomption légale, puisqu'il n'y a pas de loi; quant aux présomptions de l'homme, elles sont abandonnées à la prudence du magistrat. C'est une question de preuve. A qui est-ce à prouver? Puisqu'il n'y a pas de présomption légale, on reste dans le droit commun. C'est à celui qui attaque la subrogation à prouver que les actes sont frauduleux, le subrogé n'a rien à prouver. Dès qu'il y a un acte d'emprunt et une quittance dressés dans les formes

(1) Pothier, *Introduction à la Coutume d'Orléans*, tit. XX, n° 81.
(2) Paris, 11 avril 1829 (Dalloz, au mot *Effets de commerce*, n° 599).

légales, la subrogation existe jusqu'à ce qu'elle soit annulée par sentence du juge (1).

Les tribunaux jugent en fait. Un acte d'emprunt est reçu le 20 décembre 1846; le payement constaté par quittance ne se fait que le 10 février 1847. La cour de Paris a jugé que malgré cet intervalle il n'en était pas moins certain que les fonds qui avaient servi à éteindre la dette venaient du prêteur (2). Les juges ne se bornent pas toujours à décider en fait; habitués à juger en droit, ils cèdent facilement à la tendance qui les porte à transformer le fait en droit. On lit dans un arrêt de la cour d'Orléans que le payement et la subrogation doivent se faire dans un temps rapproché qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier. En fait, cela est exact. Mais en faut-il conclure que si l'intervalle entre l'emprunt et le payement se prolonge, il en résultera une présomption contre la sincérité de l'acte, en ce sens que ce sera au subrogé à prouver que la subrogation est sincère? La cour le dit en invoquant la doctrine des anciens jurisconsultes; les moins rigoureux, et dans les circonstances les plus favorables, fixaient l'intervalle à six mois. Qui ne voit que le législateur seul pourrait établir cette condition et en induire une présomption de fraude? La cour dit qu'admettre qu'à quelque époque que le payement se fasse, fût-ce cinq ans après l'emprunt, l'acte fera néanmoins foi par lui-même, ce serait ouvrir la porte aux fraudes et mettre les créanciers dans l'impossibilité de s'en défendre, puisqu'il deviendrait impossible de suivre les deniers pour savoir s'ils ont servi à la destination promise (3). Nous renvoyons ces considérations au législateur, lui seul peut établir des conditions; lui seul peut créer des présomptions. L'interprète ne le peut sans violer la loi. Et qu'en résulterait-il? L'arbitraire le plus absolu; or, l'arbitraire est une mauvaise garantie.

57. Les tiers ont les garanties du droit commun, et

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 368, n° 191 *bis* X. Demolombe, t. XXVII, p. 372, n° 424. Aubry et Rau, t. IV, p. 179, notes 40 et 41, § 321.
(2) Paris, 30 juin 1853 (Dalloz, 1854, 2, 108).
(3) Orléans, 3 avril 1851 (Dalloz, 1851, 2, 66).



elles leur suffisent, car elles donnent aux juges un pouvoir presque discrétionnaire. On suppose que la subrogation est régulière en la forme, elle peut néanmoins être frauduleuse, les tiers au préjudice desquels la fraude a été pratiquée peuvent agir en nullité. Cela est incontestable; mais quelle preuve devront-ils faire? On leur oppose les actes authentiques; faudra-t-il qu'ils s'inscrivent en faux? Non, car les actes notariés ne font pas foi jusqu'à inscription de faux de la sincérité des déclarations qui y sont constatées; ceux qui attaquent cette sincérité sont admis à faire la preuve par toute voie légale. Il faut ajouter que lorsque les tiers attaquent un acte comme entaché de simulation et de fraude, ils peuvent prouver la simulation et la fraude par témoins et par simples présomptions (art. 1348 et 1353). C'est le droit commun, nous l'exposerons au chapitre des *Preuves* (1).

La cour de cassation a appliqué ce principe au cas où un long intervalle s'était écoulé entre l'emprunt et le payement. Il en naissait des doutes sur l'identité des fonds empruntés et de ceux qui avaient servi au payement et, par suite, sur la sincérité des déclarations consignées dans les actes. La cour d'appel, se fondant sur les circonstances de la cause, c'est-à-dire sur des présomptions, décida que les déclarations n'étaient pas sincères, ce qui entraînait la nullité de la subrogation. La décision fut confirmée par la cour de cassation, la cour d'appel n'ayant fait qu'une appréciation qui rentrait dans ses attributions souveraines (2).

58. Renusson dit qu'il se faisait de son temps (le bon vieux temps), une fraude que les auteurs du code ont eu tort de ne pas prévoir, bien qu'il soit facile de la prévenir en ordonnant la publicité de la subrogation comme condition de validité à l'égard des tiers. Le débiteur, après avoir emprunté avec condition d'employer les deniers empruntés à payer une dette en subrogeant le prêteur au créancier, contracte un second, un troisième emprunt,

(1) Douai, 3 avril 1851 (Dalloz, 1851, 2, 66).
(2) Rejet, 16 mars 1852 (Dalloz, 1852, 1, 102).

toujours sous la condition de subroger les prêteurs aux droits du créancier. Renusson dit que le débiteur peut dissiper les deniers empruntés et n'en faire aucun emploi; il peut encore, tout en acquittant sa dette, ne pas déclarer avec quels deniers il la paye, ou il peut ne faire cette déclaration qu'au profit de l'un des prêteurs; on peut encore supposer qu'il remplit les formalités légales au profit de tous. Il est souvent arrivé, ajoute Renusson, que des personnes, se voyant mal dans leurs affaires, ont pris prétexte de faire construire des bâtiments et, ayant proposé tel emploi, ont emprunté de plusieurs personnes des deniers qui ont excédé dix fois la valeur du bâtiment. De là une difficulté de droit sur laquelle les auteurs ne sont pas d'accord. Lequel des prêteurs sera subrogé (1)? Si, comme Renusson le dit, le débiteur a dissipé les deniers empruntés sans faire aucun emploi, la question tombe, puisqu'il n'y a pas de subrogation quand les formalités légales n'ont pas été remplies. Si l'emprunteur n'a rempli les formalités que pour l'un des prêteurs, celui-là seul sera subrogé, les autres ne peuvent pas invoquer la subrogation, puisqu'ils n'ont pas été subrogés. Reste l'hypothèse où ils auraient tous été subrogés; qui le sera? Chaque auteur a sa solution et ses présomptions (2); à notre avis, la question est tranchée par la date de la quittance, c'est un acte authentique qui fait foi de sa date. Le premier prêteur subrogé l'emportera sur les autres, car le débiteur ne peut pas subroger deux ou trois fois à la même créance; la première subrogation a pour effet de transmettre la propriété de la créance au subrogé, dès lors le débiteur ne peut plus lui enlever son droit pour le céder en tout ou en partie à d'autres créanciers.

Le législateur belge a mis fin à ces difficultés et à la fraude qui les faisait naître, en exigeant que la subrogation à une créance hypothécaire ou privilégiée soit rendue publique pour avoir effet à l'égard des tiers (loi. hyp.,

(1) Renusson, p. 319, chap. XI, n° 4.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 370, n° 191 *bis* XII. Larombière, t. III, p. 274, n° 76 de l'article 1250 (Ed. B., t. II, p. 223). Demolombe, t. XXVII, p. 375, n° 427.

art. 5). Nous reviendrons sur cette innovation au titre des *Hypothèques*.

59. L'article 1250 dit, à la fin : « Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier. » C'est la conséquence du principe sur lequel la subrogation est fondée dans le cas prévu par le n° 2; elle est consentie par le débiteur, le créancier y reste étranger. Il faut cependant que le créancier reçoive son payement, ce qui est la condition de toute subrogation; et il faut de plus qu'il donne quittance, et que dans cette quittance il soit déclaré que le payement a été fait des deniers prêtés par le nouveau créancier. Qu'arrivera-t-il si le créancier refuse de recevoir le payement, s'il ne veut pas donner quittance, ou s'il s'oppose à ce que l'on insère dans la quittance la déclaration prescrite par la loi? On peut supposer ce mauvais vouloir au créancier, puisque c'est le refus des créanciers qui a donné lieu à l'édit de 1609. Il va sans dire que la résistance du créancier ne peut pas devenir un obstacle à l'exercice d'une faculté légale; mais comment la brisera-t-on? Le débiteur fera des offres réelles et consignera la somme due. Cela ne suffit point, il faut encore une déclaration reçue par un officier public; or, l'huissier qui fait les offres a qualité pour offrir, il n'a pas qualité pour recevoir une déclaration. C'est d'ailleurs lors de la consignation que la déclaration doit se faire, puisque c'est la consignation qui tient lieu de quittance. Il suit de là que c'est le fonctionnaire public chargé de recevoir les consignations qui constatera la déclaration du débiteur. L'ordonnance française du 3 juillet 1816, relative aux attributions de la caisse des dépôts et consignations, en contient une disposition formelle. « Dans le cas où les deniers consignés proviendraient d'un emprunt et qu'il y aurait lieu à opérer une consignation en faveur du prêteur, il sera fait mention expresse de la déclaration faite par le déposant conformément à l'article 1250 du code civil, laquelle produira le même effet de subrogation que si elle était passée par-devant notaire (1) » (art. 12).

(1) Demolombe, t XXVII, p. 378, n° 429 et tous les auteurs.

60. Au lieu de refuser, le créancier intervient dans l'opération ; y aura-t-il en ce cas subrogation en vertu du n° 1 ou du n° 2 de l'article 1250? La validité de la subrogation peut dépendre de la solution que l'on donne à la question : la subrogation est, à la vérité, conventionnelle dans les deux cas, mais celle du n° 2 est hérissée de formalités dont l'inobservation entraîne la nullité, tandis que celle du n° 1 n'est assujettie à aucune forme. De plus l'emprunt, base de la subrogation consentie par le débiteur, peut être nul comme ayant été fait à un incapable, et sans emprunt il ne peut y avoir de subrogation en vertu du n° 2, tandis que la subrogation serait valable si elle était consentie en vertu du n° 1. La question est de fait, puisque tout dépend de la volonté des parties intéressées. Il faut donc voir ce qui s'est passé. Il ne suffit pas que le créancier intervienne pour qu'il y ait subrogation conventionnelle du n° 1, il doit intervenir alors même que le débiteur subroge, puisqu'il reçoit le payement et en donne quittance (1). Mais s'il fait plus, s'il consent la subrogation, alors on n'est plus dans le n° 2, on rentre dans le n° 1. Il a été jugé que, dans cette hypothèse, la subrogation était valable, bien que l'emprunt fût nul (2).

§ III. *De la subrogation légale.*

N° 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

61. La subrogation a lieu de plein droit, en vertu de la loi, dans les quatre cas prévus par l'article 1251. Pourquoi la subrogation est-elle conventionnelle dans deux cas, c'est-à-dire subordonnée au consentement des parties intéressées, et pourquoi est-elle légale dans les cas de l'article 1251, c'est-à-dire indépendante de leur consentement? La subrogation légale ne diffère pas, dans son essence, de la subrogation conventionnelle, elle est aussi fondée sur un payement; celui qui paye est subrogé au

(1) Nîmes, 29 janvier 1861 (Dalloz, 1863, 2, 21).
(2) Cassation, 9 décembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 299).

créancier qui reçoit son payement. Il ne saurait y avoir de subrogation sans payement, puisque la subrogation n'est autre chose qu'une modalité du payement. C'est le créancier qui, recevant son payement, met le tiers qui le paye en son lieu et place; cela se fait, tantôt du consentement du créancier, tantôt du consentement du débiteur, tantôt en vertu de la loi. Pourquoi la loi intervient-elle dans une matière qui est toute d'intérêt privé? Il y a des cas où l'équité exige que celui qui paye le créancier soit subrogé à ses droits : c'est quand le tiers est intéressé à payer pour prendre la place du créancier; on suppose naturellement qu'il ne paye que dans l'intention d'être subrogé. A quoi bon exiger une stipulation alors que la volonté d'être subrogé résulte du fait même du payement? La loi détermine les cas dans lesquels cette volonté doit être supposée, afin de prévenir la résistance que le créancier pourrait opposer à la subrogation. Régulièrement toute subrogation devrait être conventionnelle, en ce sens qu'elle se ferait par un concours libre de volontés. L'article 1250, n° 2, déroge déjà à ce principe en permettant au débiteur de subroger sans le consentement du créancier, et même malgré lui, ce qui ne veut cependant pas dire que la subrogation se fasse contre le droit du créancier; la loi ne sacrifie jamais le droit de l'une des parties à l'intérêt de l'autre. Il en est de même de la subrogation légale; elle est fondée sur la conciliation des divers intérêts, ce qu'on appelle l'équité (1).

62. Du principe que toute subrogation est fondée sur un payement suit que celui qui ne paye pas le créancier ne saurait réclamer ce bénéfice. Un ordre s'ouvre pour la distribution du prix d'immeubles vendus sur l'un des débiteurs, sur une caution ou sur le tiers détenteur; quelques-uns des créanciers sont colloqués inutilement, c'est-à-dire que le prix ne suffit point pour qu'ils puissent recevoir ce qui leur est dû : peuvent-ils réclamer le bénéfice de la subrogation légale qui s'est opérée au profit de celui dont les biens ont servi à payer les créanciers utilement collo-

(1) Demante, t. V, p. 370, n° 190. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 618.

qués? La négative est évidente ; ces créanciers n'ont pas payé ceux qui étaient inscrits avant eux, c'est le propriétaire des biens saisis et vendus qui les a payés indirectement, lui seul doit donc profiter de la subrogation (1).

63. Suffit-il qu'il y ait payement fait par celui qui avait intérêt à payer pour qu'il y ait subrogation légale? Non, la subrogation légale est essentiellement de droit étroit, elle l'est à un double titre : toute subrogation est une fiction, et les fictions sont de stricte interprétation; à plus forte raison en est-il ainsi quand le législateur, en se fondant sur l'équité, met un tiers qui paye au lieu et place du créancier. Il n'y a donc pas de subrogation légale sans loi, et les cas dans lesquels la loi l'établit doivent être interprétés restrictivement, en ce sens qu'on ne peut pas les étendre, quand même il y aurait des motifs d'analogie; l'application analogique n'est pas admise dans les matières exceptionnelles, et il n'y en a pas de plus exceptionnelles que les fictions légales. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à proclamer ce principe; il est inutile de citer des autorités, la chose étant d'évidence.

64. La subrogation légale diffère de celle qui est consentie par le débiteur ; celle-ci est soumise à des formalités sévères, tandis que la subrogation légale n'est assujettie à aucune forme. Pas d'acte authentique, pas même d'acte sous seing privé ayant date certaine (2). Bien entendu que si le payement est contesté, l'on en doit faire la preuve d'après le droit commun; mais ce n'est jamais qu'une question de preuve, tandis que la subrogation par le débiteur n'existerait point sans les actes authentiques prescrits par la loi, alors même que le payement fait avec des deniers empruntés serait constant. La loi ne prescrit aucune précaution contre la fraude, parce que dans les divers cas où la loi établit la subrogation la fraude n'est pas à craindre; s'il y avait fraude, on appliquerait le droit commun, ce serait une fraude à la loi, et tout acte fait en fraude de la loi est nul.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 185, et note 69 du § 321.
(2) Gauthier, *De la subrogation*, p. 336, n° 291.

La cour de cassation a fait l'application de ces principes à une espèce qui n'aurait pas dû être portée jusque devant la cour suprême, tellement la décision était évidente. Il y avait des actes constatant la subrogation légale; on attaqua les énonciations de ces actes en alléguant ce qui aurait été dit en dehors des écrits. C'était méconnaître le principe élémentaire de la foi due aux actes; les parties intéressées n'ont qu'un droit, celui d'attaquer l'acte par l'inscription de faux ou par la preuve contraire, selon qu'elles contestent les faits matériels énoncés à l'acte ou la vérité de ces faits (1).

65. Aux termes de l'article 5 de notre loi hypothécaire, la subrogation à une créance privilégiée ou hypothécaire ne peut être opposée aux tiers si elle n'est rendue publique dans les formes prescrites par la loi. Cette disposition s'applique-t-elle à la subrogation légale? Nous renvoyons la question au titre des *Hypothèques*.

Il va sans dire que le subrogé doit conserver les droits auxquels il succède. C'est pour profiter des priviléges et hypothèques qu'il se décide à payer une dette qui n'est pas la sienne, ou pour laquelle il n'est pas poursuivi; or, les priviléges et hypothèques ne se conservent que par l'inscription. Le subrogé doit donc avoir soin de renouveler l'inscription, sous peine de voir son droit périr. Cela ne fait aucun doute, quoique la question ait été portée devant la cour de cassation; le subrogé ne peut avoir d'autre droit que le subrogeant dont il prend la place, et pour être exercés par le subrogé, les priviléges et hypothèques ne changent pas de nature; l'intérêt des tiers, qui exige la publicité, est toujours le même (2). Inutile d'insister.

66. On a aussi débattu devant la cour de cassation la question de savoir si le subrogé peut renoncer à la subrogation. Nous n'y voyons pas le moindre motif de douter. Qu'importe que la subrogation soit légale? La loi n'impose pas les bénéfices qu'elle accorde. Il y a, à la vérité, des droits légaux auxquels il n'est pas permis de renoncer :

(1) Rejet, 13 mars 1872 (Dalloz, 1872, 1, 255).
(2) Rejet, 25 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 1, 12). Bourges, 30 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 52). Aubry et Rau, t. IV, p. 187, note 77, § 321.

telle est l'hypothèque légale; la loi l'établit au profit des incapables, et il va sans dire que les incapables ni ceux qui sont chargés de défendre leurs intérêts ne peuvent renoncer à des garanties que le législateur établit en faveur de ceux qui ne peuvent pas eux-mêmes veiller à leurs intérêts. La subrogation légale est de pur intérêt privé, il faut donc appliquer le principe que chacun a le droit de renoncer à ce qui est établi en sa faveur (1).

Nº 2. SUBROGATION ÉTABLIE PAR LE Nº 1 DE L'ARTICLE 1251.

67. L'article 1251, nº 1, porte : « La subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques. » Cette subrogation a ceci de singulier, qu'elle ne se fait pas dans l'intérêt du débiteur; celui qui fait le payement n'est pas débiteur, il est créancier, c'est donc en sa qualité de créancier qu'il doit avoir intérêt à payer. Quel est cet intérêt? Il paye un autre créancier, privilégié ou hypothécaire. Est-ce pour transporter ces garanties réelles à sa créance qui n'est pas garantie ou qui a un rang inférieur en vertu de son inscription? Non, sa créance reste ce qu'elle était, chirographaire si elle était simplement personnelle, et si elle est hypothécaire, elle conserve le rang que l'inscription lui assure. Telle est la conséquence de notre système hypothécaire; chaque créancier a ses droits, son rang, qui ne peuvent pas changer, l'intérêt des autres créanciers s'y oppose : il n'y aurait plus de garantie hypothécaire si le rang des créanciers pouvait être bouleversé par des subrogations.

Si le créancier qui paye un créancier par lequel il est primé conserve son rang et ses droits, quel intérêt a-t-il à payer le créancier antérieur? Il est mis en son lieu et place en le payant, il jouira des garanties hypothécaires attachées à la créance qu'il paye; mais à quoi bon payer 10,000 francs à un créancier privilégié pour rentrer en-

(1) Rejet, 1er juillet 1857 (Dalloz, 1857, 1, 438).

suite dans la même somme moyennant le privilége? Ce ne peut pas être là le but de la subrogation, puisque cela se borne à payer d'une main ce que l'on reprend de l'autre. Pour que le créancier postérieur ait un intérêt à payer le créancier antérieur, il faut d'abord supposer qu'il n'a aucune garantie, parce qu'il est simple créancier chirographaire, ou que sa garantie hypothécaire est insuffisante, l'immeuble hypothéqué étant grevé d'inscriptions au delà de sa valeur. Si, dans ce cas, le créancier premier inscrit provoquait l'expropriation qu'en résulterait-il? Des frais énormes qui absorbent une partie du prix; puis, si la vente se fait dans des circonstances défavorables, le prix ne suffira point pour désintéresser les derniers créanciers inscrits. Or, le premier créancier inscrit n'a à s'inquiéter ni des frais, ni du prix, son rang lui donne la certitude d'être payé intégralement; il peut donc toujours provoquer l'expropriation, au grand préjudice des derniers créanciers inscrits. Voilà pourquoi ceux-ci ont intérêt à l'écarter, la subrogation leur en donne le moyen; ils ne risquent rien à faire l'avance du montant de la première créance, puisque le remboursement en est assuré : si l'immeuble doit être vendu, ils peuvent choisir le moment favorable; en tout cas, les frais d'ordre seront moindres, et ils peuvent espérer que les affaires du débiteur se rétabliront, ce qui lui permettra de payer ses dettes intégralement. La subrogation se fait donc aussi dans l'intérêt du débiteur, en ce sens qu'il en profite quand même le subrogé n'aurait songé qu'à son avantage personnel; il sera délivré d'un créancier qui n'avait rien à ménager, son nouveau créancier est, au contraire, intéressé à le ménager pour la conservation de ses droits. Ainsi la subrogation concilie les divers intérêts. Le créancier qui reçoit son payement ne peut pas se plaindre, puisqu'il reçoit ce qui lui est dû. Toutefois, par caprice ou par mauvais vouloir, il aurait pu refuser son consentement à une subrogation volontaire; c'est la raison pour laquelle la loi fait elle même la subrogation.

I. A qui la subrogation est-elle accordée?

68. L'article 1251 établit la subrogation au profit de celui qui est lui-même créancier. Donc tout créancier peut user de ce droit. La loi n'exige pas que celui qui offre le payement à un autre créancier prouve qu'il y a un intérêt légitime. Elle suppose que cet intérêt existe : on ne se décide guère à faire l'avance d'une somme plus ou moins considérable quand on n'y est pas intéressé. Faut-il conclure de là que la supposition est une présomption et que cette présomption peut être combattue par la preuve contraire? On l'a prétendu, mais cette opinion n'a pas trouvé faveur (1). Ce que l'on appelle présomption n'est rien que le motif pour lequel la loi établit la subrogation; on ne peut pas transformer le motif en une condition requise pour la validité de la subrogation et obliger le créancier à prouver l'intérêt qu'il a à la subrogation. L'interprète n'a jamais le droit de créer des conditions, il ne le peut surtout pas dans une matière qui est de droit étroit. Nous croyons inutile d'insister, la question n'est pas controversable.

69. Le créancier chirographaire peut-il profiter du bénéfice de l'article 1250, n° 1? Si l'on s'en tient au code, la question n'est pas douteuse. Le texte est conçu dans les termes les plus généraux; il parle des créanciers sans limiter le droit de subrogation à une certaine catégorie de créanciers. On objecte que l'article 1250, en disant que le créancier payé doit être préférable, à raison de ses priviléges ou hypothèques, à celui qui paye, suppose que celui-ci est un créancier hypothécaire primé par un créancier antérieur, et à l'appui de cette interprétation on invoque l'ancien droit. Cette interprétation restreint la loi; le texte s'applique au créancier chirographaire aussi bien qu'au créancier hypothécaire, car l'hypothèque est essentiellement un droit de *préférence*; et à l'égard de qui ce

(1) Mourlon, *De la subrogation*, p. 365 et suiv. En sens contraire, Demolombe, t. XXVII, p. 400, n° 455.

droit s'exerce-t-il? Régulièrement à l'égard des créanciers chirographaires; ceux-ci sont donc très-intéressés à prévenir l'expropriation de leur débiteur, c'est-à-dire la perte de son crédit et sa ruine, en désintéressant des créanciers hypothécaires qui, n'ayant rien à risquer, seraient tentés d'user de toute la rigueur de leur droit. Quant à la tradition, nous l'écartons parce qu'elle n'a aucune autorité en face du texte et de l'esprit de la loi nouvelle. Les auteurs du code l'avaient sous les yeux, ils ne l'ont pas reproduite et ils ont eu raison. Le motif que Pothier donne à l'appui de l'ancienne doctrine est très-faible, pour mieux dire, il est faux : « La subrogation, dit-il, n'est accordée au créancier que pour conserver et et fortifier le droit qu'il a sur les biens de son débiteur; or, il n'y a que le créancier hypothécaire qui ait un droit dans les biens, le simple chirographaire n'ayant de droit que sur la personne de son débiteur et n'en ayant aucun sur ses biens. » Sans doute, le créancier chirographaire n'a pas de droit réel, mais s'agit-il, en cas de subrogation, du droit réel, c'est-à-dire du droit de suite? Du tout. Il s'agit de l'expropriation du débiteur; or, tout créancier peut exproprier le débiteur, pourvu qu'il ait un titre authentique; à cet égard, il n'y a aucune différence entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires; seulement les créanciers hypothécaires ont un droit de préférence, et c'est à raison de ce droit que les créanciers chirographaires ont intérêt à acquérir la subrogation contre les créanciers hypothécaires qui les priment. C'est l'opinion générale des auteurs, sauf le dissentiment de Grenier (1), et la jurisprudence est d'accord avec la doctrine (2).

70. D'après le texte de l'article 1251, le créancier est subrogé à celui qui lui est *préférable* à raison de ses priviléges et hypothèques, donc au créancier antérieur. Le créancier antérieur serait-il aussi subrogé au créancier

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 180, n° 45, § 321, et les auteurs qu'il cite. Il faut ajouter Demolombe, t. XXVII, p. 402, n°s 458 et 459.

(2) Douai, 20 novembre 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1904); Caen, 26 novembre 1870 (Dalloz, 1873, 2, 181).

postérieur? La négative est certaine; c'est une application du principe que la subrogation est de droit étroit et qu'il n'est pas permis de l'étendre hors des cas prévus par la loi, même par motif d'analogie. Cependant, dans l'ancien droit, Renusson enseignait l'opinion contraire comme une chose certaine : « On ne peut douter, dit-il, que le créancier qui voudrait payer le créancier postérieur ne fût pareillement subrogé à ce créancier par le payement. En effet, il peut arriver qu'un créancier antérieur, pour ménager le bien du débiteur commun et éviter les contestations, voudra payer le créancier postérieur, et, en ce cas, il est raisonnable que le créancier antérieur ait pareil avantage que le postérieur. » Sans doute, cela est raisonnable; comme le dit Renusson, il pourrait arriver que le bien du débiteur étant de peu de valeur, fût consommé en frais par un créancier postérieur qui le ferait vendre : le créancier antérieur payant le créancier postérieur pour faire cesser la poursuite ou empêcher la poursuite, n'est-il pas juste que par le payement il soit subrogé de plein droit au créancier postérieur? Renusson, en raisonnant ainsi, oublie le principe qui domine cette matière et que lui-même établit, savoir, qu'il n'y a de subrogation légale que dans les cas déterminés par la loi. Les auteurs modernes, tout en regrettant que la loi n'ait pas généralisé le principe de la subrogation, décident qu'il est impossible de l'admettre en faveur du créancier antérieur (1).

71. Tout créancier postérieur peut se prévaloir de l'article 1251, n° 1. On a demandé si la subrogation pouvait être invoquée par celui qui serait tout ensemble créancier et acquéreur et qui payerait un créancier antérieur en sa qualité de créancier. La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative, Il y avait un motif de douter qui entraîna la cour de Rouen. Le créancier était devenu acquéreur, et son contrat l'obligeait de verser son prix aux créanciers inscrits, donc en payant il ne faisait qu'ac-

(1) Renusson, p. 93, chap. IV, n° 14. Duranton, t. XII, p. 242, n° 152, et tous les auteurs.

quitter sa propre dette; or, un débiteur personnel ne peut jamais se dégager du lien qui l'enchaîne et il ne pourrait pas, en quelque qualité que ce fût, faire un payement subrogatoire dont le résultat serait de lui transférer le bénéfice d'une créance qui l'oblige personnellement; cela serait contradictoire. La cour de cassation répond, et la réponse est décisive, que, dans l'espèce, le créancier n'était tenu de la dette que comme acquéreur, et non comme débiteur en vertu d'une obligation personnelle et directe; dès lors il pouvait faire le payement en qualité de créancier inscrit sur l'immeuble (1).

72. Pour que les créanciers postérieurs soient subrogés au créancier antérieur qu'ils payent, il faut que ce créancier leur soit préférable à raison de ses priviléges et hypothèques. La loi est conçue en termes restrictifs. Toute préférence dont jouirait un créancier antérieur ne suffirait point pour légitimer la subrogation au profit des créanciers postérieurs qui le payeraient, il faut que la préférence résulte des priviléges et hypothèques. Le texte est formel, il ne se borne pas à dire : « le créancier qui lui est *préférable* », il ajoute : « à raison de ses priviléges ou hypothèques. » Or, quand les termes sont restrictifs, il n'appartient pas à l'interprète de les étendre dans une matière où tout est de droit étroit. Il suit de là que la subrogation ne peut être invoquée que lorsque le créancier antérieur est privilégié ou hypothécaire.

73. Le gage donne un privilége au créancier qui en est nanti, donc le créancier postérieur qui paye le créancier gagiste lui est subrogé. Quelle sera la conséquence de la subrogation? Sur ce point, il y a quelque doute. L'existence du privilége est subordonnée à la possession du gage : le créancier gagiste qui est en possession au moment où un créancier postérieur le paye devra-t-il remettre à celui-ci la chose engagée? L'affirmative nous paraît certaine; la loi donne au créancier postérieur le privilége; or, le privilége est attaché à la possession, la loi lui donne donc droit à la possession. On objecte que

(1) Cassation, 7 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 40[illegible]).

le créancier ne peut pas se dessaisir du gage sans le consentement du débiteur auquel la chose appartient. L'objection ne tient aucun compte de la subrogation légale; c'est la loi qui dessaisit le créancier gagiste, dès lors le consentement du débiteur est inutile, car ce consentement est forcé; il n'a pas le droit de le refuser, ce serait lui donner le droit de se mettre en opposition avec la loi (1).

74. Aux termes de l'article 93 du code de commerce, le commissionnaire qui a fait des avances sur les marchandises à lui expédiées d'une autre place, pour être vendues au compte d'un commettant, a privilége pour le remboursement de ses avances et frais sur la valeur des marchandises si elles sont à sa disposition. De là suit qu'un second commissionnaire qui paye ses frais et avances au premier peut invoquer la subrogation de l'article 1251. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est point douteux (2).

75. Quand le créancier antérieur n'a ni privilége ni hypothèque, il n'y a pas de subrogation. Il suit de là qu'une antichrèse ne donnerait pas lieu à la subrogation, car le créancier antichrésiste n'a point de privilége, comme nous le dirons au titre du *Nantissement* (3). Il y a ici une espèce de contradiction entre la subrogation conventionnelle et la subrogation légale : il est certain que celui qui se ferait subroger par convention au créancier antichrésiste exercerait le droit d'antichrèse. Mais, en matière de subrogation légale, la première question est de savoir s'il y a subrogation et, dans l'espèce, la négative n'est point douteuse.

76. Il en est de même du droit de résolution qui appartient au vendeur. Celui qui paye le vendeur et qui lui est subrogé a non-seulement le privilége du vendeur, il peut aussi exercer le droit de résolution. Mais si le vendeur agit en résolution avant toute subrogation, un créancier

(1) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 181, note 48, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 464, n° 467.
(2) Rejet, 7 décembre 1826 (Dalloz, au mot *Commissionnaire*, n° 164).
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 181, note 49, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 413, n° 466.

de l'acquéreur pourra-t-il payer le vendeur pour être subrogé à son action résolutoire? La négative a été jugée par la cour de cassation. L'arrêt, très-bien motivé, commence par poser en principe que la subrogation est de droit strict, qu'elle ne peut être exigée du créancier à qui une offre de payement est faite que dans les cas déterminés par la loi. La cour ajoute : et à condition de ne pas lui nuire ; nous avons dit que c'est là une condition de toute subrogation. Dans l'espèce, le créancier invoquait l'article 1251. Que suppose cette disposition? Un concours entre plusieurs créanciers, dont l'un est préférable à l'autre à raison d'un privilége ou d'une hypothèque; le créancier privilégié ou hypothécaire n'a aucun intérêt à refuser le payement que lui offre le créancier postérieur, puisqu'il reçoit ce qui lui est dû. Si le vendeur réclamait son prix par privilége, le créancier postérieur pourrait lui offrir ce prix, et il serait, par suite, subrogé au vendeur dont il exercerait tous les droits, y compris l'action résolutoire. Mais, dans l'espèce, le vendeur qui a deux droits, le privilége et la résolution, renonçait au privilége et intentait l'action résolutoire; dès lors le créancier de l'acquéreur ne pouvait pas demander la subrogation en payant le vendeur; il n'est pas dans les termes de la loi, car il n'est pas en face d'un créancier privilégié, il est en face d'un vendeur qui veut rentrer dans sa propriété ; la subrogation tendrait donc, non à être subrogé à un créancier privilégié, mais à être subrogé à un propriétaire. Le créancier ne peut pas non plus invoquer l'esprit de la loi; en lui accordant la subrogation, la loi veut prévenir des poursuites en expropriation; or, le vendeur qui demande la résolution de la vente n'exproprie pas l'acquéreur, il n'y a ni saisie, ni vente, ni ordre, donc il n'y a pas lieu à subrogation. La cour ajoute une dernière considération qui est péremptoire. En accordant la subrogation de plein droit au créancier postérieur, la loi veut éviter l'expropriation du débiteur, elle veut donc consolider dans ses mains la propriété de l'immeuble que le créancier antérieur menace d'exproprier. Est-ce que tel est aussi le but du créancier qui demande à être subrogé au vendeur

quand celui-ci agit en résolution? Non, il agit dans son propre intérêt, il entend s'attribuer exclusivement les avantages de la résolution; en définitive, il prétend acquérir la propriété de l'immeuble à l'exclusion du vendeur qui a le droit de rentrer dans sa propriété. Ce n'est pas pour cela que la subrogation est établie (1).

II. *Condition de la subrogation.*

77. La loi n'exige qu'une condition, c'est que le créancier paye le créancier qui lui est préférable; le payement est la base de toute subrogation. Il faut, cela va sans dire, que le créancier paye de ses deniers. Les créanciers élèvent parfois de singulières prétentions. Un bailleur délègue à son créancier les fermages d'une année pour s'acquitter envers lui; le créancier fut obligé de souffrir une réduction assez forte sur les fermages à raison des contributions foncières que les fermiers avaient payées en l'acquit du propriétaire; il soutint que les contributions avaient été payées de ses deniers, puisqu'elles avaient été acquittées avec les fermages qui lui appartenaient comme délégataire et, par suite, il se prétendit subrogé au privilége du trésor public. Ces prétentions, admises par le tribunal de première instance, furent rejetées par la cour d'appel et par la cour de cassation; le bailleur, en déléguant les fermages à son créancier, n'avait pu lui déléguer que la portion libre de ces revenus; or, les fermages étaient affectés au payement de l'impôt, donc la délégation n'avait pu se faire que sous la condition tacite que le délégataire acquitterait l'impôt si le propriétaire ne le faisait pas. Ainsi le payement n'avait pas été fait des deniers du créancier et, par suite, la condition essentielle de la subrogation faisait défaut (2).

Une autre prétention tout aussi étrange s'est fait jour. Un ordre s'ouvre; le premier créancier inscrit est seul colloqué utilement. Il avait encore d'autres garanties.

(1) Rejet, chambre civile, 3 juillet 1854 (Dalloz, 1854, 1, 247).
(2) Rejet, 15 juin 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1907, 1°). Mourlon, p. 375; Gauthier, p. 252, n° 229.

Les créanciers postérieurs, sur lesquels les fonds manquèrent, soutinrent qu'ils étaient subrogés à ces garanties en vertu de l'article 1251, 1°, parce que c'est avec des deniers qui leur appartenaient que le créancier colloqué avait été payé. La cour de Nîmes répond qu'ils n'avaient de droit sur les deniers provenant de la vente que lorsqu'ils étaient colloqués, mais que ces deniers, avant de leur être distribués, appartenaient à leur débiteur, ce qui exclut toute idée de subrogation (1).

78. La subrogation aurait-elle lieu si le créancier postérieur payait avec des deniers empruntés? Oui et sans doute aucun, quoique la question ait été portée à plusieurs reprises devant la cour de cassation. L'emprunteur devient propriétaire des deniers qu'il a empruntés, donc c'est bien avec ses deniers qu'il paye. Peu importe que le créancier déclare qu'il paye avec des deniers empruntés, la loi n'a aucun égard à l'origine des deniers, comme le dit la cour de cassation. Peu importe encore que cette déclaration ne suffise point pour que le prêteur puisse invoquer la subrogation de l'article 1250, 2°; il ne s'agit pas de la subrogation conventionnelle, il s'agit de la subrogation légale; et ce n'est point le prêteur qui réclame le bénéfice de la subrogation, c'est l'emprunteur (2).

79. Le créancier qui fait un payement partiel peut-il réclamer le bénéfice de l'article 1251? Les auteurs ne sont pas d'accord; les uns accordent la subrogation, d'autres distinguent (3). Nous croyons inutile d'entrer dans ce débat; à notre avis, il ne peut pas être question, dans ce cas, de subrogation légale. La subrogation est légale en ce sens que le subrogé peut la réclamer sans le concours du subrogeant, c'est la loi qui le subroge. Or, cela ne se peut lorsque le créancier offre au créancier antérieur un payement partiel, car la loi dit que le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir en partie le payement

(1) Nîmes, 24 février 1845 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1907, 6°) Larombière, t. III. p. 311, n° 12 de l'article 1251 (Ed B., t. II, p. 237).

(2) Rejet, 22 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 1, 5). Cassation, 7 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 409). Gauthier, p. 253, n° 230.

(3) Demolombe, t. XXVII, p. 418, n° 473. Mourlon, p. 365.

d'une dette. Donc elle ne peut pas de plein droit subroger celui qui offre un payement partiel au créancier antérieur, cela serait contradictoire. Il faut le consentement du créancier antérieur pour que le créancier postérieur soit admis à lui faire un payement partiel. C'est dire que la subrogation n'est plus légale, mais conventionnelle. Il faudra appliquer l'article 1250, n° 1 ; par conséquent, la subrogation n'existera que si le créancier l'a expressément accordée.

80. Le créancier antérieur à qui le créancier postérieur offre le payement de ce qui lui est dû peut-il le refuser? En principe, non, puisqu'il n'est pas appelé à consentir; or, celui qui ne doit pas consentir n'a pas le droit de refuser. Toutefois il peut refuser le payement; on lui fera alors des offres réelles; un débat s'engagera sur la validité et sur les effets des offres. Si le créancier antérieur a un droit qui serait lésé par le payement, il peut le refuser et, par suite, il n'y aura pas de subrogation. C'est l'application du principe général d'après lequel la subrogation ne doit pas nuire au subrogeant.

Voici un cas très-singulier qui s'est présenté devant la cour de cassation. Le créancier à qui le créancier postérieur offre le payement de la créance par laquelle il est primé, a une autre créance simplement chirographaire; on lui offre seulement le payement de la créance qui lui assure le premier rang : peut-il le refuser? La cour de cassation a décidé et avec raison qu'il le pouvait. D'abord il a intérêt à conserver sa créance privilégiée ou hypothécaire, parce qu'elle lui donne un moyen indirect d'obtenir le payement de sa créance chirographaire, le débiteur étant dans sa dépendance à raison de l'action hypothécaire qu'il peut exercer contre lui; or la subrogation lui enlèverait ce moyen d'action; donc en ce sens elle lui nuirait, et il est de principe qu'elle ne peut pas lui nuire. De plus, et ceci est l'argument décisif invoqué par la cour de cassation, si la subrogation avait lieu, malgré le créancier privilégié, en faveur du créancier postérieur, le subrogeant pourrait immédiatement après demander la subrogation contre le subrogé, en vertu de sa créance chiro-

graphaire, et de son côté, le subrogé pourrait renouveler ce jeu. Nous l'appelons un jeu, parce que le circuit de subrogations, dont chacune est l'exercice d'un droit, aboutit à rendre la subrogation impossible ; il n'y a d'autre issue à ce débat que le maintien des parties intéressées dans leur situation respective (1).

Les auteurs sont d'accord avec la jurisprudence. Ils admettent cependant une exception à la décision que nous venons de rapporter. Si le créancier postérieur était personnellement ou hypothécairement tenu de payer la dette, le créancier antérieur ne pourrait pas refuser le payement, car celui qui le lui offre a le droit absolu de payer, l'article 1236 donnant à toute personne intéressée le droit de payer la dette qu'elle pourrait être forcée d'acquitter(2). Cette restriction nous laisse quelque doute. Quand la loi subroge de plein droit le créancier postérieur qui paye celui qui lui est préférable, elle suppose naturellement que le créancier postérieur a le droit de payer ; en effet, ce même article 1236, que l'on invoque pour y fonder une exception, donne à tout tiers, quoique non intéressé, le droit de payer ; le tiers non intéressé et les personnes intéressées sont donc sur la même ligne en vertu de la loi ; leur droit étant le même, on doit leur appliquer à tous la même règle. D'ailleurs il faut tenir compte du droit du créancier à qui le payement est offert ; lui aussi a un droit, celui de demander la subrogation si on la lui impose ; son droit neutralise donc toujours le droit du créancier postérieur qui lui offre le payement (2).

81. La loi ne prescrit aucune forme pour la validité de la subrogation. Toutefois le subrogé doit prouver le payement s'il est contesté. Comment se fera cette preuve? D'après le droit commun, puisque la loi n'y déroge pas. Si la quittance est authentique, le payement sera-t-il prouvé à l'égard des tiers jusqu'à inscription de faux? Un

(1) Rejet, chambre civile, 2 août 1870 (Dalloz, 1870, 1, 346). Comparez Gauthier, p. 295, n° 258 ; Larombière, t. III, p. 305 et suiv., n° 7 de l'article 1251 (Éd. B., t. II, p. 235); Aubry et Rau, t. IV, p. 181, note 50, § 321; Demolombe, t. XXVII, p. 421, nos 476-479.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 182, note 51, § 321. Gauthier, p. 350, nos 303, 304.

tribunal de première instance l'avait jugé ainsi. C'était confondre le fait matériel de la déclaration reçue par le notaire et la sincérité de cette déclaration; le fait matériel est prouvé jusqu'à inscription de faux, mais la vérité, la réalité du fait juridique n'est établie que jusqu'à preuve contraire(1). C'est l'application des principes généraux que nous exposerons au chapitre de la *Preuve des obligations*.

N° 3. DE LA SUBROGATION DU N° 2 DE L'ARTICLE 1251.

82. « La subrogation a lieu de plein droit au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué. » Quel est le but de cette subrogation? Il importe de le préciser, c'est l'esprit de la loi, et il sert à décider les questions controversées qui ne manquent pas en cette matière. Celui qui acquiert un immeuble grevé d'hypothèques est tenu hypothécairement des dettes; il peut donc être poursuivi par les créanciers et, sur cette poursuite, il devra ou délaisser l'immeuble ou payer, sinon il sera exproprié. L'acquéreur risque donc d'être évincé; la loi lui donne un moyen de se mettre à l'abri de ce danger, c'est de payer son prix aux créanciers hypothécaires. En payant les créanciers, il éteint les hypothèques et affranchit, par conséquent, l'immeuble des charges qui le grèvent. Voilà un avantage évident que lui procure le payement de son prix entre les mains des créanciers. Mais on ne voit pas encore à quoi tend la subrogation aux droits des créanciers qu'il paye; son immeuble étant libéré, à quoi lui servent les hypothèques auxquelles il est subrogé? Il paraît, au contraire, avoir intérêt à les effacer pour libérer l'immeuble; or, la subrogation implique qu'il les conserve en renouvelant les inscriptions hypothécaires. Pour que l'acquéreur soit intéressé à la subrogation, il faut supposer que le prix de son immeuble ne suffit pas pour désintéresser tous les créanciers; si l'immeuble est grevé d'hypothèques au delà

(1) Douai, 10 février 1853 (Dalloz, 1854, 2, 199).

de sa valeur, il restera des créanciers non payés. Ceux-ci pourront poursuivre l'acquéreur, c'est pour le mettre à l'abri de ces poursuites que la loi le subroge aux droits des créanciers qu'il a payés. D'abord la subrogation empêchera généralement les créanciers d'agir, parce qu'ils n'y ont aucun intérêt. On suppose que l'acquéreur a payé l'immeuble à sa juste valeur, 50,000 francs par exemple; ces 50,000 francs ont été distribués aux créanciers premiers inscrits dont l'acquéreur prend la place et exerce les droits. Si les créanciers postérieurs poursuivent l'expropriation de l'immeuble, il sera vendu pour sa valeur, qui est de 50,000 francs; un ordre s'ouvrira, et dans la distribution l'acquéreur subrogé sera colloqué pour cette somme, il ne restera rien pour les créanciers postérieurs; donc ils sont sans intérêt à poursuivre l'acquéreur. Mais quoiqu'ils n'y aient aucun intérêt, ils en ont le droit, et ils peuvent user de leur droit, dans l'espoir que l'immeuble sera vendu plus cher, ce qui peut arriver si les immeubles ont augmenté de valeur par quelque cause accidentelle. Dans cette hypothèse, la subrogation n'empêchera pas l'éviction; l'immeuble sera vendu 55,000 fr. par exemple, l'acquéreur sera évincé, à moins qu'il ne se porte adjudicataire, et, dans ce cas, il perd 5,000 francs. Il y a une autre hypothèse dans laquelle l'acheteur se trouvera en perte. Les frais de saisie immobilière sont très-considérables; l'adjudicataire qui doit les supporter offrira donc un prix moindre que la valeur réelle de l'immeuble, 45,000 francs, par exemple. Si l'immeuble lui est adjugé pour ce prix, l'acquéreur, subrogé pour 50,000 fr. ne touchera que 45,000 francs. En définitive, la subrogation peut ne pas mettre l'acquéreur à l'abri de l'éviction, elle peut le constituer en perte. La loi lui donne un moyen plus efficace de rendre toute poursuite hypothécaire impossible, c'est la purge. Dans le système de la loi hypothécaire belge surtout, la purge offre un avantage que ne présente pas la subrogation; celle-ci n'efface que les hypothèques, tandis que la purge fait aussi tomber l'action en résolution du vendeur non payé. Toutefois, malgré cet avantage de la purge, il peut se trouver des

acquéreurs qui préfèrent la subrogation, parce qu'il est plus simple de payer son prix aux créanciers inscrits que de remplir les formalités de la purge (1).

83. La subrogation du n° 2 de l'article 1251 présente une difficulté au point de vue des principes. Si l'acquéreur paye les créanciers jusqu'à concurrence de son prix, il prend leur place, il exerce leurs droits. Comment concevoir que le propriétaire exerce une hypothèque sur son propre fonds? L'hypothèque est un démembrement de la propriété : le propriétaire peut-il avoir un droit démembré sur un fonds dont la propriété entière, absolue, lui appartient? S'il avait eu une hypothèque sur le fonds avant d'en devenir propriétaire, cette hypothèque se serait éteinte par confusion dès l'instant où il aurait acquis la propriété du fonds; n'en doit-il pas être de même des hypothèques qu'il acquiert par voie de subrogation? Voici la réponse que l'on fait à l'objection. Le droit hypothécaire de l'acquéreur ne se réalise qu'en cas d'éviction, lorsque les créanciers hypothécaires non payés poursuivent l'expropriation contre lui; or, s'il est évincé, son droit de propriété est résolu; il sera censé n'avoir pas été propriétaire de l'immeuble, ce qui fait qu'il a pu acquérir par la subrogation les hypothèques dont il est grevé. Cette explication est inadmissible. Elle est en opposition avec les principes et avec le texte même de la loi. Il n'est pas exact de dire que la propriété de l'acquéreur évincé soit résolue; l'adjudication sur expropriation forcée est une vente, et la vente ne résout certes pas le droit du vendeur, en ce sens qu'il soit considéré comme n'ayant jamais été propriétaire. Ce qui le prouve, c'est que les hypothèques par lui consenties sur l'immeuble subsistent; l'article 2177 (loi hypoth., art. 105) le dit; donc il n'y a pas de résolution rétroactive, et l'on ne peut pas dire que l'acquéreur exerce un droit d'hypothèque sur un immeuble dont il n'a jamais été propriétaire (2).

Il y a une autre explication. L'article 2177 (loi hypoth.,

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 373, n° 194 *bis* I et II. Demolombe, t. XXVII, p. 452, n°s 497-502.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 619.

art. 105) dit que les droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession renaissent après l'adjudication faite sur lui. Pourquoi ces droits revivent-ils? En réalité, ils n'ont jamais été éteints. La confusion, à la différence des autres modes d'extinction des droits réels et des obligations, n'est qu'un obstacle à l'exercice du droit, le droit même n'est pas éteint; de là suit que le droit peut être exercé dès que l'obstacle disparaît; or, il disparaît quand l'acquéreur cesse d'être propriétaire par suite de l'adjudication faite sur lui; il pourra donc exercer ses droits hypothécaires, aussi bien ceux qu'il a acquis par subrogation que ceux qu'il avait sur la chose avant d'en avoir acquis la propriété.

84. Il y a encore une remarque à faire sur la subrogation établie par l'article 1250, n° 2. C'est une application de la subrogation établie par le n° 3. Aux termes du n° 3, la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter Or, telle est sans contredit la situation de l'acquéreur et de tout détenteur de biens hypothéqués pour les dettes d'un tiers; il est tenu pour lui, puisqu'il peut être poursuivi hypothécairement et être obligé de payer directement ou indirectement les dettes dont les biens sont grevés; il a donc intérêt de les acquitter pour éviter l'expropriation et l'éviction qui en est la suite. Partant l'acquéreur qui paye le prix aux créanciers hypothécaires est subrogé en vertu du n° 3. Pourquoi la loi, dans un seul et même article, établit-elle un principe général dont elle consacre une application avant de formuler le principe? On a donné diverses explications de ce pléonasme législatif; la plus simple est celle que l'on puise dans la tradition. La subrogation en faveur de l'acquéreur existait dans l'ancien droit, le législateur moderne l'y a trouvée et l'a reproduite. Il n'en est pas de même de la subrogation du n° 3. Dumoulin l'avait proposée, mais, malgré sa grande autorité, son opinion n'avait pu prévaloir, parce qu'il était impossible d'admettre une subrogation légale sans loi. Les auteurs du code ont consacré la doctrine de Dumou-

lin : de là le n° 3 de l'article 1251. Mais ils n'ont point réfléchi que le n° 2 était une application du n° 3; ils ont donc maintenu la subrogation de l'acquéreur dans le n° 2, bien que cette disposition soit inutile en présence du n° 3.

I. *A qui la subrogation est-elle accordée?*

85. L'article 1251 répond à notre question. « A l'acquéreur d'un immeuble. » C'est une subrogation toute spéciale. La fiction de la subrogation a été imaginée pour assurer le recours qui appartient à un tiers quand il paye une dette; l'acquéreur qui paye le prix d'acquisition n'a pas de recours à exercer de ce chef, car il paye ce qu'il doit, seulement, au lieu de payer le prix au vendeur, il le paye aux créanciers inscrits sur l'immeuble. Si la loi le subroge à ces créanciers, c'est pour le mettre à l'abri des poursuites hypothécaires que les créanciers non payés pourraient intenter contre lui. Le but de la subrogation est donc de consolider la propriété de l'immeuble dans les mains de l'acquéreur. Par là le législateur favorise le développement de la richesse publique; la première condition du crédit et des opérations commerciales, industrielles et agricoles, c'est la sécurité de l'acheteur. Voilà pourquoi la loi cherche à garantir l'acquéreur contre les évictions.

La loi n'étend pas la subrogation à l'acquéreur d'un objet mobilier, parce que la subrogation n'est pas nécessaire pour sauvegarder ses intérêts; il est suffisamment garanti par la maxime qu'*en fait de meubles, la possession vaut titre;* ce principe le met à l'abri de la revendication, pourvu qu'il soit de bonne foi.

Que faut-il dire des droits réels immobiliers? Ce sont des immeubles; donc ils tombent sous l'application de l'article 1251. La cour de cassation a appliqué la loi à la concession perpétuelle du droit d'extraire sur les fonds du concédant la matière propre à la fabrication de la porcelaine (1). Il en serait de même de tout autre droit réel

(1) Cassation, 28 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 10).

immobilier, pourvu qu'il soit dans le commerce et susceptible d'être hypothéqué, ce qui exclut les droits d'usage et d'habitation, ainsi que les servitudes qui ne peuvent être aliénées ni être hypothéquées séparément du fonds (1).

86. La subrogation a-t-elle lieu au profit de celui qui a acquis de bonne foi un immeuble d'un vendeur qui n'en était pas propriétaire, s'il a employé le prix de son acquisition au payement des créanciers hypothécaires? On suppose que le véritable propriétaire revendique le fonds contre lui; il est évincé : pourra-t-il exercer sur l'immeuble les droits des créanciers hypothécaires auxquels il est subrogé? La subrogation lui serait très-avantageuse, puisqu'elle lui garantirait le remboursement de son prix. Il y a un motif de douter, c'est l'esprit de la loi, tel que nous venons de l'exposer. Le législateur a voulu consolider les droits du propriétaire en le mettant à l'abri de l'action hypothécaire des créanciers inscrits et non désintéressés; il n'a pas songé à la revendication que le vrai propriétaire exercerait contre le possesseur; la loi ne peut pas consolider sa propriété, puisqu'il n'est pas propriétaire : est-il évincé, il a une action en garantie contre son vendeur. Tel est incontestablement l'esprit de la loi, il n'est pas favorable à la subrogation. Nous croyons néanmoins que l'opinion contraire est préférable. Le texte répond à toutes les objections que l'on puise dans l'esprit de la loi; l'article 1251 ne dit pas que la subrogation a lieu au profit du propriétaire, la loi l'établit au profit de l'*acquéreur*; or, celui qui achète d'un vendeur non propriétaire est acquéreur, donc il est subrogé. Il est toujours très-chanceux de se prévaloir de l'esprit de la loi contre un texte clair et formel; dans une matière qui est de droit étroit, comme la subrogation, il faut absolument écarter cette argumentation et s'en tenir au texte. Le législateur ne nous a pas dit les raisons pour lesquelles il a établi la subrogation, bien moins encore a-t-il déclaré que la subrogation n'aura lieu que lorsque ces raisons existent. Le texte est favo-

(1) Demolombe, t. XXVII, p. 465, nos 518-521. En sens contraire, Mourlon, p. 459.

rable à l'acquéreur, quoiqu'il ne soit qu'un simple possesseur; cela est décisif (1).

Il reste un doute quant à la condition de bonne foi que les auteurs exigent. N'est-ce pas s'écarter de notre principe? Sans doute, le législateur ne doit pas favoriser la mauvaise foi, et s'il avait prévu la question, il l'aurait probablement décidée contre l'acheteur de mauvaise foi. Mais la loi n'a pas prévu la difficulté; si l'on admet que le simple possesseur peut se prévaloir de la subrogation, c'est uniquement à cause du texte, et le texte ne distingue pas; donc tout acquéreur peut invoquer la subrogation. L'équité plaide d'ailleurs pour lui, malgré sa mauvaise foi; il paye son prix d'acquisition aux créanciers hypothécaires, il affranchit donc l'immeuble des charges réelles qui le grèvent : n'est-il pas juste qu'il rentre dans des avances qui profitent au propriétaire?

87. L'acquéreur qui, en payant les créanciers, acquitte sa propre dette, peut-il invoquer le bénéfice de l'article 1251? La cour de cassation a décidé la question négativement dans l'espèce suivante. Un créancier hypothécaire se rend adjudicataire de l'immeuble hypothéqué; son prix étant absorbé par un créancier antérieur, il n'est pas utilement colloqué. Pour arriver au remboursement de sa créance, il se fait subroger aux droits du créancier qu'il a payé. Ce créancier avait encore d'autres codébiteurs de la même créance; en vertu de la subrogation, l'acquéreur, resté créancier de son vendeur, prétendit exercer les droits appartenant au créancier par lui payé sur son prix. La cour d'Aix jugea qu'il n'avait droit ni à la subrogation légale ni à la subrogation conventionnelle, parce qu'en payant le premier créancier inscrit, l'acquéreur avait payé sa propre dette. En effet, l'acquéreur s'acquittait du prix dont il était débiteur comme adjudicataire, et en payant sa propre dette, il éteignait en même temps la dette qu'il acquittait, non-seulement à l'égard du vendeur, mais aussi à l'égard des autres codébiteurs; or, une créance éteinte n'est pas susceptible

(1) Mourlon, p. 392 et suiv. Demolombe, t. XXVII, p. 463, n° 515.

de subrogation, lorsque le payement en est fait par celui qui en l'acquittant ne fait que se libérer de ce qu'il doit. Veut-on avoir une preuve certaine, dit la cour, que la subrogation est impossible? Que l'on suppose que l'acquéreur soit subrogé, en vertu de la loi ou de la convention, il aurait eu un recours pour obtenir le remboursement d'une partie de la créance qu'il devait payer avec son prix; c'est dire qu'il ne se serait point libéré de la totalité de son prix d'acquisition (1).

Cette décision, très-juridique, paraît néanmoins, au premier abord, en opposition avec le texte de l'art. 1251. La loi accorde la subrogation à l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au payement des créances auxquelles cet immeuble était hypothéqué. Or, l'acquéreur ne fait que payer, en l'acquit de son vendeur, le prix qu'il lui devait. Donc, dira-t-on, il n'est pas vrai que la subrogation ne puisse exister au profit de celui qui paye un créancier à l'aide de deniers qu'il doit lui-même au débiteur. L'objection repose sur une fausse interprétation de l'article 1251, n° 2, et de la subrogation toute spéciale qu'il établit. Il est bien vrai que l'acquéreur qui paye son prix paye ce qu'il doit et qu'il est cependant subrogé au créancier qu'il désintéresse, mais en quel sens l'est-il et à l'égard de qui? Il est subrogé à l'égard des créanciers hypothécaires non payés qui le poursuivraient hypothécairement; le seul but de la subrogation est d'empêcher l'éviction de l'acquéreur. Mais l'acquéreur n'est pas subrogé aux droits que les créanciers qu'il a désintéressés pourraient avoir contre des tiers. Une pareille subrogation supposerait que l'acquéreur subrogé a un recours à exercer à raison du payement qu'il fait; et comment aurait-il un recours, alors qu'il n'a fait que payer ce qu'il doit? La situation de l'acquéreur est très-simple, il est subrogé à l'hypothèque des créanciers qu'il a payés avec son prix pour se défendre contre la poursuite hypothécaire des créanciers qui n'ont pas pu être payés. Voilà toute la subrogation du n° 2.

(1) Rejet, 31 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 481).

Si l'acquéreur lui-même se trouve parmi ces créanciers, il subira la loi commune de tout créancier qui ne peut pas être payé sur l'immeuble hypothéqué, parce que cet immeuble est grevé de charges au delà de sa valeur; c'est dire qu'il rentre dans la classe des créanciers chirographaires, il n'a qu'une action personnelle, puisque l'action hypothécaire lui fait défaut. Comme créancier personnel, il pourra exercer les droits de son débiteur. Si donc le vendeur a des droits contre les codébiteurs des dettes acquittées moyennant le prix de vente, l'acquéreur pourra les exercer en vertu de l'article 1166; mais en exerçant cette action, il viendra en contribution avec les autres créanciers de son débiteur; ce ne sera pas le bénéfice de la subrogation, ce sera le droit commun (1).

II. *Condition de la subrogation.*

88. La condition essentielle de toute subrogation est qu'une dette soit payée, c'est ce que dit le numéro 2 de l'article 1251 : l'acquéreur doit employer le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels l'immeuble était hypothéqué. Cette condition donne lieu à bien des difficultés en ce qui concerne la subrogation de l'acquéreur. On demande d'abord quand le prix doit être payé. La réponse paraît bien simple : après que la vente a eu lieu. On ne paye pas le prix avant que la vente existe; on ne peut pas même le payer, puisqu'il n'y a point de prix tant qu'il n'y a point de vente. Il se peut cependant que celui qui se propose d'acheter un fonds fasse une avance au propriétaire sur le prix qu'il devra quand la vente sera consommée. Si la vente se fait, y aura-t-il subrogation? L'affirmative a été jugée dans l'ancien droit. Renusson critique la décision; il est évident que l'on n'est pas dans les termes de la loi, qui n'accorde de subrogation qu'à l'acquéreur qui paye son prix d'acquisition aux créanciers inscrits; ce qui suppose une acquisition et un prix payé par l'acquéreur. Or, dans l'es-

(1) Voyez la note de l'arrêtiste sur l'arrêt précité (Dalloz, 1862, 1, p. 481).

pèce, il n'y a ni acquisition ni prix; donc il n'y a pas de subrogation (1). Vainement dirait-on qu'au fond l'opération est identique dans les deux hypothèses : que je paye mon prix avant ou après l'acquisition, toujours est-il que je paye mon prix. Les personnes étrangères à notre science peuvent raisonner ainsi, mais en droit il n'y a de prix que lorsqu'il y a vente; ce que le futur acheteur donne au futur vendeur est une avance, un prêt; or, la loi n'établit pas de subrogation pour de simples avances. En veut-on la preuve palpable? Le n° 2 est l'application du n° 3; et pourrait-on, en vertu du n° 3, dire que le futur acheteur est tenu *pour* le futur vendeur des dettes qui grèvent la chose qu'il propose d'acheter? La question n'a point de sens.

89. Que faut-il décider si l'acquéreur revend l'immeuble et s'il paye les créanciers inscrits avec le prix que le second acquéreur s'oblige à payer? Les auteurs sont unanimes à enseigner que le premier acquéreur peut invoquer la subrogation. La revente, dit-on, n'empêche pas qu'il soit acquéreur, elle ne fait pas disparaître les obligations qui en résultent; si donc il paye les créanciers hypothécaires avec le prix qui lui est dû par le second acquéreur, il paye en qualité d'acquéreur et pour affranchir son acquisition en se libérant de son prix (2). Les éditeurs de Zachariæ semblent mettre une restriction à leur opinion, en disant que la subrogation a lieu lorsque le prix de vente consigné par le sous-acquéreur a servi à désintéresser les créanciers hypothécaires (3). C'est la décision de la cour de cassation. L'acquéreur d'un immeuble hypothéqué le revend; le prix de la revente est déposé par le sous-acquéreur à la caisse des consignations; sur ce prix, le premier acquéreur paye les créanciers hypothécaires, il est subrogé à leurs droits. Nous transcrivons le considérant : « L'acquéreur, soit comme *détenteur de l'immeuble hypothéqué* et tenu à ce titre en-

(1) Renusson, p. 120, chap. V, n° 20. C'est l'avis de tous les auteurs (Aubry et Rau, t. IV, p. 182, note 53, § 321).
(2) Gauthier, p. 333, n° 288; Demolombe, t. XXVII, p. 462, n° 513.
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 183, § 321.

vers le créancier hypothécaire, soit comme vendeur du même immeuble et *tenu hypothécairement sur son prix de vente,* avait dans l'une et l'autre hypothèse *intérêt* à acquitter la créance hypothécaire. » Il l'a, en effet, acquittée de ses deniers, puisque c'est à sa décharge et sur son prix de vente, déposé à la caisse des consignations, que les créanciers ont été payés; il est donc dans les conditions de la subrogation définie et caractérisée par l'article 1251 (1).

On voit que la cour de cassation motive sa décision sur les termes de l'article 1251, n° 3, bien qu'il s'agisse de la subrogation de l'acquéreur définie par le n° 2 de l'article 1251 ; nous acceptons le débat sur ce terrain ; toutefois, en décidant d'après le n° 3, il ne faut pas oublier qu'il s'agit du cas prévu par le n° 2. La loi subroge l'acquéreur qui emploie son prix d'aquisition à payer les créanciers hypothécaires. Qui est subrogé? L'acquéreur qui paye son prix. Or, dans l'espèce, il y a deux acquéreurs : lequel des deux paye son prix d'acquisition? C'est le second; c'est donc le second qui doit être subrogé. Voilà ce que dit le n° 2, et c'est, sans doute, parce que ce texte témoigne si clairement contre elle que la cour ne le cite pas. Elle cite le n° 3; le n° 3 peut-il dire autre chose que le n° 2? Cela est impossible, puisque le n° 2 ne fait qu'appliquer le n° 3. La cour veut prouver que le premier acquéreur est tenu de la dette et qu'il avait intérêt à l'acquitter. Il est tenu de la dette, dit-elle, comme détenteur de l'immeuble hypothéqué. Ceci est une méprise : le premier acquéreur a revendu, dès l'instant où la vente est parfaite il a cessé d'être détenteur de l'immeuble, c'est le second acquéreur qui est détenteur ; c'est donc lui qui est tenu hypothécairement. Contre qui les créanciers hypothécaires devraient-ils agir? Nous supposons, comme on doit le faire, que l'acte de vente est transcrit; dès ce moment, le second acquéreur est propriétaire et possesseur, c'est lui qui est tenu hypothécairement, c'est donc lui qui peut invoquer l'article 1251,

(1) Cassation, 29 août 1865 (Dalloz, 1865, 1, 329).

n° 3. La cour continue et dit que le premier acquéreur est encore tenu hypothécairement sur son prix de vente. Comment serait-il tenu hypothécairement, alors qu'il cesse d'être propriétaire et détenteur de l'immeuble hypothéqué? Il n'était tenu que comme détenteur de l'immeuble, il cesse d'être détenteur, donc il cesse d'être tenu. Il avait intérêt à acquitter les créances hypothécaires, dit l'arrêt. Quel est l'intérêt que l'acquéreur a à payer? Il y est intéressé pour se mettre à l'abri de l'action hypothécaire des créanciers non payés, afin de conserver et de consolider sa propriété. Dira-t-on que le premier acquéreur a intérêt à consolider sa propriété, alors qu'il cesse d'être propriétaire? Il serait absurde de dire qu'il veut se mettre à l'abri d'une action qui ne peut plus être intentée contre lui. Qui est propriétaire? C'est le second acquéreur. Qui est menacé d'être évincé? C'est encore le second acquéreur. C'est donc le second acquéreur qui est dans les termes et dans l'esprit du n° 3, comme il est dans les termes et dans l'esprit du n° 2 (1).

90. On demande si l'acquéreur qui paye les créanciers hypothécaires avec ses propres deniers, soit en tout, lorsqu'il a déjà payé le prix au vendeur, soit en partie, lorsqu'il paye aux créanciers plus que son prix, peut invoquer le bénéfice du n° 2 de l'article 1251? Comme la subrogation est de droit étroit, il faut répondre négativement, puisque l'acquéreur n'est plus dans les termes de la loi; il ne paye pas son prix d'acquisition. Les auteurs et la jurisprudence admettent néanmoins qu'il est subrogé en vertu du n° 2, parce qu'il y a même motif de décider (2). C'est une assez mauvaise raison quand il s'agit d'une fiction tout à fait exceptionnelle. On va jusqu'à dire que lorsque l'acquéreur paye de ses deniers, il paye encore son prix *à certains égards*, parce qu'il paye comme *acquéreur* (3). Cela s'appelle se payer de mots et dans notre science il faut des raisons. Nous n'insistons pas,

(1) Voyez la note qui accompagne l'arrêt de la cour (Dalloz, 1865, p 329).
(2) Duranton, t. XII, p. 249, n° 157, et tous les auteurs. Bourges, 21 décembre 1871 (Dalloz, 1872, 2, 171).
(3) Demolombe, t. XXVII, p. 470, n° 524.

parce que le débat est oiseux. En effet, si l'acquéreur qui paye de ses deniers n'est pas subrogé en vertu du n° 2, il l'est en vertu du n° 3; il est tenu pour le débiteur en sa qualité de tiers détenteur, et comme tel il a intérêt d'acquitter la dette, donc il est subrogé.

De ce que l'acquéreur est subrogé en vertu du n° 3 de l'article 1251, faut-il conclure, comme le fait un excellent auteur, que l'acquéreur est subrogé, non-seulement sur l'immeuble qu'il a acheté, mais encore sur tout autre bien hypothéqué à la même dette (1). La question est de savoir si la subrogation de l'acquéreur a des effets aussi étendus que la subrogation en général. Nous y reviendrons plus loin.

91. Une question analogue se présente pour le donataire et pour l'échangiste. Ils ne peuvent pas invoquer le n° 2 de l'article 1251; car il n'y a de prix ni dans la donation ni dans l'échange, et dès que l'on n'est pas dans les termes de la loi, il n'y a plus de subrogation légale. Mais si le donataire ou l'échangiste paye les créanciers de ses deniers, il sera subrogé en vertu du n° 3, comme tiers détenteur tenu hypothécairement pour le débiteur et ayant intérêt d'acquitter la dette, afin de consolider leur propriété (1).

92. L'article 1251 dit que la subrogation a lieu au profit de l'acquéreur qui *emploie* le prix de son acquisition au payement des créanciers. Cela veut-il dire que l'acquéreur doive lui-même verser son prix entre les mains des créanciers auxquels l'immeuble est hypothéqué? La loi ne dit pas cela, et l'interprète ne doit pas ajouter à la loi en se montrant plus sévère qu'elle. Il n'y a d'ailleurs aucune raison pour exiger que les deniers soient remis par l'acquéreur aux créanciers; cela peut se faire par mandataire; la seule difficulté est de savoir si le payement peut être fait par l'intermédiaire du vendeur. En droit, l'affirmative n'est pas douteuse, pourquoi le vendeur ne pourrait-il pas être mandataire? Aucune loi, au-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 378, n° 195 *bis* III.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 619 et 620.

cun principe ne s'y opposent. Mais, en fait, il sera parfois difficile de distinguer deux hypothèses très-distinctes : le cas où l'acquéreur paye son prix au vendeur et le cas où il le paye aux créanciers. Il faut qu'il le paye aux créanciers pour être subrogé à leurs droits; donc s'il paye au vendeur, il ne sera pas subrogé aux créanciers, à moins qu'il n'ait donné mandat au vendeur de payer les créanciers avec le prix qu'il verse dans ses mains. La difficulté se réduit donc à un point de fait : y a-t-il ou n'y a-t-il pas mandat? Les juges décideront d'après les éléments de la cause (1).

C'est l'opinion commune. On fait des objections qui nous paraissent assez insignifiantes. Peut-on considérer les fonds remis au vendeur comme étant toujours restés la chose de l'acquéreur (2)? La réponse est très-simple; le mandat prouve que l'acquéreur entend que les deniers qu'il verse soient remis par le vendeur aux créanciers; c'est la loi qu'il impose au payement et le vendeur l'accepte. Pourquoi cette loi que les parties se sont faite ne recevrait-elle pas son exécution? La jurisprudence ne s'est pas arrêtée à ces objections : la cour de cassation s'en tenant au texte de la loi a décidé qu'aucune condition n'est exigée, sauf le payement du prix aux créanciers; il suffit donc que l'acquéreur justifie que son prix a servi à l'acquittement des créances inscrites sur l'immeuble. C'est peut-être se relâcher de la rigueur qui est nécessaire dans cette matière. La loi dit que l'acquéreur doit *employer* son prix à payer les créanciers; cela implique une manifestation de volonté de sa part, tandis que la cour de cassation semble se contenter du fait matériel que les deniers ont *servi* à désintéresser les créanciers. Dans l'espèce, il n'y avait pas de trace d'un mandat donné par l'acquéreur au vendeur. Il existait une quittance du vendeur et des quittances données par les créanciers hypothécaires. La seule circonstance qui impliquât la vo-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 183, note 58, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 476, nos 535 et 536. Larombière, t. III, p. 317, no 18 de l'article 1251 (Ed. B., t. II, p. 239).
(2) Gauthier, p. 335, no 290. Mourlon, p. 385.

lonté de l'acquéreur, c'est que le cahier des charges avait réglé le mode de payement et l'emploi des deniers à l'acquittement des charges hypothécaires. Le juge du fait en induisit que l'acquéreur avait fait emploi par l'intermédiaire du vendeur et la cour de cassation se contenta de cette appréciation (1). Toujours est-il qu'il faut maintenir, en principe, la nécessité d'une déclaration de volonté de la part de l'acquéreur.

93. On a prétendu qu'il n'y avait pas subrogation quand l'acquéreur paye les créanciers inscrits en vertu d'une clause du contrat de vente qui lui impose cette obligation. Il y a un arrêt en faveur de cette opinion que Mourlon qualifie très-sévèrement. C'est, dit-il, une véritable hallucination de la jurisprudence. L'erreur nous paraît, en effet, évidente. D'abord la tradition est unanime en faveur de la subrogation : Renusson, après avoir établi que l'acquéreur est subrogé quand il emploie son prix à payer les créanciers hypothécaires, ajoute : « L'acheteur qui s'est chargé, par son contrat d'acquisition, de payer un créancier hypothécaire et paye en exécution de son contrat est pareillement subrogé. » Les anciens auteurs supposent même toujours la délégation, ce qui est très-naturel, le vendeur étant intéressé aussi bien que l'acheteur à ce que les créanciers hypothécaires soient payés, puisque c'est sa dette à lui; on conçoit donc que de commun accord les parties insèrent dans l'acte de vente une clause en vertu de laquelle le prix doit être employé à désintéresser les créanciers. Cela empêche-t-il la subrogation? La condition exigée par le texte est remplie, puisque l'acheteur emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers hypothécaires, et cet emploi se fait par la volonté de l'acquéreur, puisqu'il paye en vertu d'une clause du contrat dans lequel il est partie (2).

Qu'est-ce qu'on oppose à cette interprétation de l'arti-

(1) Rejet, 11 août 1852 (Dalloz, 1854, 1, 318). Comparez Colmar, 27 décembre 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1926, 1°).

(2) Voyez les témoignages dans Mourlon, p. 386 et suiv. L'arrêt qu'il critique est de la cour d'Amiens, 13 août 1824.

cle 1251, pour mieux dire, à l'application littérale de la loi? On dit que l'acheteur qui paye en vertu d'une délégation ne fait que payer sa propre dette. C'est peut-être cet argument que Mourlon traite d'hallucination. Sans doute, l'acheteur qui paye son prix paye sa dette. Mais cesse-t-il par hasard de payer sa dette quand il paye les créanciers sans délégation? Il paye toujours sa dette en ce sens. Mais il ne paye pas sa dette en payant les dettes qui grèvent l'immeuble, car ces dettes ne sont pas les siennes, il n'en est tenu qu'hypothécairement, il n'en est pas le débiteur. Donc on peut dire de l'acquéreur qu'il paye les dettes d'un tiers avec sa dette. La cour de cassation, qui paraissait avoir approuvé la décision de la cour d'Amiens en prononçant un arrêt de rejet (1), a depuis jugé, sans même donner de motifs, que l'acquéreur délégué est subrogé (2).

94. La loi ne prescrit aucune condition de forme pour la subrogation du n° 2. Elle reste donc sous l'empire du droit commun. En cas de contestation, l'acquéreur doit prouver qu'il a payé son prix aux créanciers inscrits sur son immeuble. La preuve se fait d'après les principes généraux que le code établit au titre des *Obligations*; nous les exposerons plus loin (3).

N° 4. DE LA SUBROGATION DU N° 3 DE L'ARTICLE 1251.

95. Charles Dumoulin, dans les leçons solennelles qu'il fit à Dôle, soutint, contre le sentiment de tous les docteurs, que le codébiteur solidaire et la caution, ainsi que tous ceux qui payaient ce qu'ils devaient, avec d'autres ou pour d'autres, étaient subrogés de plein droit. Tout le monde admettait qu'ils avaient le droit d'exiger la subrogation, mais on prétendait qu'ils devaient l'exiger. Cela est inutile, dit Dumoulin; on doit présumer qu'ils n'ont

(1) Gauthier justifie l'arrêt de la cour de cassation (p. 315, n° 276) en remarquant que la cour ne s'est pas occupée de l'article 1251.
(2) Cassation, 28 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 10, et 1856, 1, 355).
(3) Rejet, 11 août 1852 (Dalloz, 1854, 1, 318). Bordeaux, 30 août 1854 (Dalloz, 1855, 5, 424).

payé qu'à la charge d'une subrogation qu'ils avaient le droit d'exiger, personne ne pouvant être présumé renoncer à ses droits. C'était très-bien raisonner comme législateur; mais Dumoulin oubliait qu'il n'appartient pas à l'interprète de créer une subrogation légale et par voie de présomption. Pothier répondit à Dumoulin que le seul droit des codébiteurs solidaires et des cautions était d'exiger la subrogation; que, s'ils voulaient être subrogés, ils devaient manifester leur volonté; la volonté supposée, sans aucune manifestation, n'est pas suffisante pour acquérir la subrogation. Toullier dit que ce raisonnement peut être rigoureusement vrai ou logique, mais une bonne législation doit établir ce qui est le plus conforme à l'équité, sans s'attacher avec une minutieuse précision aux conséquences que le raisonnement peut tirer d'un principe abstrait. Pothier ne mérite pas ce reproche; le débat entre lui et Dumoulin ne concerne pas la législation, ils n'étaient pas législateurs; ils raisonnaient sur le terrain du droit existant et à ce point de vue Pothier avait certainement raison contre Dumoulin. Mais le législateur moderne a bien fait de suivre l'opinion de Dumoulin et il faut glorifier le grand jurisconsulte d'avoir pris l'initiative d'une innovation qui était certainement fondée en équité (1)

I. *Qui est subrogé.*

1. LE PRINCIPE.

96. « La subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu *avec* d'autres ou *pour* d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter (art. 1251, n° 3). » Quels sont ceux qui sont tenus *avec* d'autres? Ceux qui doivent supporter la dette avec d'autres qui doivent également la supporter, de sorte que chacun y contribue pour sa part; tels sont les codébiteurs soli-

(1) Du Moulin, 1re leçon faite à Dôle, nos 23 à 28 (t. III, p. 391). Pothier, *Introduction à la Coutume d'Orléans*, tit. XX, n° 280. Toullier, t. IV, 1, p. 134, n° 147.

daires. Quand un codébiteur solidaire paye, il paye la dette des autres débiteurs en même temps que la sienne, puisqu'il libère ses codébiteurs ; par suite il a un recours contre eux ; il est juste que ce recours soit exercé avec les mêmes garanties dont aurait joui le créancier s'il avait poursuivi les codébiteurs de celui qui a payé toute la dette. Sont tenus *pour d'autres* ceux qui ne sont pas débiteurs personnels et qui, par conséquent, ne doivent supporter aucune part dans la dette, mais ils sont obligés de l'acquitter pour celui qui en est tenu personnellement ; tel est la caution. L'équité qui demande la subrogation du codébiteur solidaire, la demande à plus forte raison en faveur de la caution ; elle rend un service et un service gratuit ; il est juste que pour rentrer dans ses avances elle puisse se prévaloir des garanties attachées à la créance qu'elle paye.

Le principe ne s'applique pas uniquement aux codébiteurs et aux cautions ; la loi ne les nomme même pas ; elle dit en termes généraux : Ceux qui sont tenus *avec* d'autres ou *pour* d'autres au payement de la dette qu'ils avaient intérêt d'acquitter. En quel sens ont-ils intérêt à acquitter la dette, alors même qu'ils ne seraient pas poursuivis, ce que l'on doit supposer, car s'ils sont poursuivis, ils sont plus qu'*intéressés* au payement, ils y sont *obligés*. Ils ont intérêt à prévenir les poursuites, parce qu'ils ne peuvent pas prévoir quand ces poursuites auront lieu, ni, si à ce moment, l'état de leurs affaires leur permettra de payer ; si donc ils ont des fonds disponibles, ils ont intérêt à avancer le payement. Une autre incertitude pèse sur eux et celle-ci est pleine de dangers. Le coobligé ou le débiteur principal contre lequel ils ont un recours peut devenir insolvable ; que de cautions ont été ruinées par l'insolvabilité du débiteur ! Grand est donc leur intérêt à payer, alors que le débiteur principal est encore solvable.

Il faut remarquer que l'intérêt seul que nous avons à payer une dette ne suffit point pour que nous soyons subrogés. La condition essentielle pour que la subrogation existe est que celui qui paye soit tenu pour d'autres ou

avec d'autres au payement de la dette; l'intérêt qu'il a de payer est une conséquence de ce qu'il est tenu. Mais il aurait beau avoir intérêt à payer, s'il n'y était pas tenu, il ne serait pas subrogé. La subrogation suppose donc que celui qui paye pourrait être forcé à payer; alors il y a plus qu'équité, il y a justice qu'il soit subrogé au créancier qu'il paye.

97. Le lien en vertu duquel celui qui paye est tenu au payement doit-il être un lien personnel? Celui qui est tenu *avec* d'autres est toujours obligé par un lien personnel à payer la dette, puisqu'on suppose qu'il doit supporter une partie de la dette; or, il n'y a que le débiteur personnel qui doit payer en ce sens. Outre le débiteur solidaire, que l'on cite d'habitude, il y a encore le débiteur d'une dette indivisible, qui est tenu avec d'autres, en ce sens qu'à raison de l'objet de la dette ou de la convention des parties la dette ne comporte pas de parts, ce qui conduit à la conséquence que les codébiteurs sont tenus de payer chacun le total de la dette, comme s'ils étaient solidaires. Toutefois ils ne se sont pas engagés à acquitter toute la dette; de là suit que si la dette se convertit en dommages-intérêts, chacun n'en doit payer que sa part. Il n'y a pas à distinguer, en ce qui concerne la subrogation, l'indivisibilité du payement de l'indivisibilité proprement dite : il suffit, pour avoir un recours, que le débiteur soit tenu de payer toute la dette, bien qu'il n'en supporte qu'une partie (art. 1221), et c'est ce recours que la loi veut assurer en accordant la subrogation.

Parmi ceux qui sont tenus *pour* d'autres au payement de la dette, il n'y a que la caution qui soit obligée personnellement. Ceux qui sont tenus hypothécairement peuvent aussi invoquer le bénéfice de la subrogation. La loi est générale, elle ne distingue pas comment celui qui paye est *tenu;* c'est à dessein qu'elle se sert de l'expression être *tenu*, au lieu de dire que celui qui paye y est *obligé*. Celui qui doit payer sans s'être personnellement obligé est encore dans une situation plus favorable que le débiteur personnel; payant ce qu'il ne s'est pas obligé à payer, l'équité réclame en sa faveur et demande

que son remboursement soit assuré. Le texte de la loi ne laisse aucun doute sur ce point. D'après l'article 1251 lui-même, l'acquéreur, qui est un tiers détenteur, est subrogé; de même le légataire particulier qui a acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé demeure subrogé, en vertu de l'article 874, aux droits du créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel. On objecte qu'aux termes de l'article 1251, il faut être tenu au *payement de la dette*; or, peut-on dire du tiers détenteur qu'il est *tenu* de payer la dette? Le mot même de *tiers* détenteur prouve qu'il est *tiers* à la dette et que s'il peut être poursuivi, c'est uniquement comme *détenteur* de l'immeuble hypothéqué. Le code civil dit, il est vrai, qu'il est *tenu*, il se sert même de l'expression *obligé* (art. 2167 et 2168); mais, comme nous le dirons au titre des *Hypothèques*, cette rédaction est incorrecte; le tiers détenteur, d'après les vrais principes, n'est pas obligé au payement de la dette, il n'est tenu qu'à une chose, à se laisser exproprier; quant au payement de la dette, c'est pour lui une faculté et non une obligation. On répond à l'objection que les articles 874 et 1251, n° 2, prouvent que, par les mots *tenu au payement de la dette*, la loi entend celui qui est tenu hypothécairement, aussi bien que celui qui est tenu en vertu d'un lien personnel. D'ailleurs indirectement le tiers détenteur est tenu de payer la dette; si le créancier hypothécaire le poursuit, il doit ou se laisser exproprier, et dans ce cas le prix de son immeuble sert à payer les créanciers inscrits, ou il doit délaisser, ce qui conduit encore à l'expropriation et par suite au payement des créanciers hypothécaires, ou il doit payer; de sorte que, dans toutes les hypothèses, les créanciers inscrits sont payés par le tiers détenteur : cela suffit pour justifier la subrogation (1).

2. APPLICATIONS

98. Le principe établi par l'article 1251, n° 3, est donc général. Dumoulin le posait dans les termes les plus gé-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 377, n° 195 *bis* I.

néraux, et le code civil a reproduit sa formule. Toutefois il ne faut pas perdre de vue les conditions de la subrogation ; il ne suffit pas qu'un tiers paye pour être subrogé, il ne suffit pas même qu'il ait *intérêt* de payer, il faut qu'il soit *tenu avec* d'autres ou *pour* d'autres. L'application donne lieu à de nombreuses contestations ; elles sont faciles à décider quand on reste fidèle au texte de la loi.

Un immeuble est vendu partiellement à plusieurs personnes, ou l'acheteur meurt laissant plusieurs héritiers. Le vendeur non payé agit en résolution contre l'un des acquéreurs, celui-ci paye le montant intégral de ce qui est dû au vendeur : sera-t-il subrogé aux droits du vendeur contre les autres acquéreurs, comme ayant acquitté une dette au payement de laquelle il était tenu avec d'autres ou pour d'autres? La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative, par le motif que l'action en résolution comprenait essentiellement la totalité de l'immeuble vendu et avait, par conséquent, un caractère indivisible à l'égard des acquéreurs ou détenteurs partiels. De là suit que lesdits acquéreurs ou détenteurs étaient tenus les uns avec les autres, envers le vendeur, des conséquences de l'action ; si donc l'un d'eux, dans l'intérêt de tous, satisfait en totalité aux condamnations prononcées au profit du vendeur, il a droit à la subrogation en vertu de l'article 1251, 3° (1). La conséquence est certaine si le principe est vrai. Tout dépend donc du point de savoir si l'action en résolution est indivisible. Il ne peut être question d'une indivisibilité proprement dite ; mais l'indivisibilité de payement suffit, et celle-là dépend de l'intention des parties contractantes. Un immeuble peut être vendu à plusieurs personnes, de manière qu'il y ait autant de ventes que d'acheteurs ; dans ce cas, il n'y a aucun lien entre eux et, par suite, on ne peut pas dire que l'un soit tenu avec l'autre. Mais l'intention du vendeur peut aussi être de vendre la totalité de l'immeuble, en ce sens que la vente soit maintenue ou résolue pour le total ; dans ce cas, il

(1) Rejet, chambre civile, 7 juillet 1851 (Dalloz, 1851, 1, 200).

est vrai de dire avec la cour de cassation que l'action en résolution a un caractère indivisible, ce qui, en cas de payement de tout le prix par l'un des acquéreurs, lui assure la subrogation.

99. La femme prend inscription pour sa dot et ses reprises; elle omet de s'inscrire pour les indemnités des dettes qu'elle a contractées avec son mari. Un ordre s'ouvre sur les biens du mari; la femme n'y est pas colloquée pour son indemnité. C'est une conséquence évidente de la déchéance que la femme encourt pour n'avoir pas conservé ses droits. Mais la femme avait consenti une subrogation dans son hypothèque légale aux créanciers envers lesquels elle s'était obligée avec son mari; par suite les sommes formant sa collocation avaient été distribuées en sous-ordre à ces créanciers; de là la question de savoir si la femme était subrogée aux créanciers qu'elle avait payés moyennant les deniers qui lui revenaient en vertu de la collocation. La cour de cassation a décidé que la femme pouvait se présenter à un sous-ordre ouvert sur son mari pour y être colloquée à la date de l'hypothèque conventionnelle, à laquelle elle était subrogée en vertu de l'article 1251, 3°. Le pourvoi objectait que la cour d'appel, en admettant la femme déchue de son hypothèque légale, en ce qui concernait l'indemnité des dettes qu'elle avait contractées avec son mari, à venir au rang des créanciers qu'elle avait désintéressés au moyen de sa collocation, avait accordé indirectement à la femme, par la voie détournée de la subrogation, l'indemnité qu'elle lui refusait directement par l'effet de son hypothèque légale. On a répondu que tout ce qui résultait du défaut d'inscription pour l'indemnité des dettes contractées avec le mari, c'est que la femme ne pouvait pas être colloquée de ce chef en vertu de son hypothèque légale; aussi n'avait-elle pas été colloquée au rang de son hypothèque légale. Mais, déchue de son hypothèque légale, elle n'était pas pour cela déchue du bénéfice de la subrogation aux droits des créanciers qu'elle avait dû payer dans le nouvel ordre où ces créanciers étaient colloqués. La somme qu'elle y touchait en lieu et place des créanciers, elle la recevait, non

au rang de son hypothèque légale, mais au rang de leur hypothèque conventionnelle; de plus la somme pour laquelle elle était colloquée consistait non pas dans celle qu'elle pouvait avoir à prétendre contre son mari à titre d'indemnité, elle était limitée à la quotité des droits personnels de ces créanciers (1). Nous reviendrons, au titre des *Hypothèques*, sur la subrogation à l'hypothèque légale de la femme et sur les conditions auxquelles cette subrogation est soumise en vertu de notre nouvelle loi hypothécaire.

100. On trouve des applications du principe établi par l'article 1251, 3°, dans des lois sur des matières spéciales. Nous les mentionnerons sans entrer dans la discussion des difficultés auxquelles la subrogation donne lieu.

La loi du 11 brumaire an VII porte (art. 5) : « Le conservateur des hypothèques sera subrogé de droit aux actions que les créanciers qu'il aurait été obligé de payer avaient contre le débiteur originaire. » Cette disposition n'a pas été reproduite par le code civil, mais elle est maintenue implicitement par l'article 1251, n° 3.

Aux termes de la loi du 22 frimaire an VII (art. 33), les notaires sont tenus du payement des droits d'enregistrement auxquels leurs actes sont soumis, sauf leur recours contre les parties. Etant tenus au payement pour les parties et forcés de payer, ils peuvent invoquer le bénéfice de la subrogation établie par le n° 3 de l'article 1251 (2).

Les huissiers qui procèdent aux ventes de meubles et marchandises sont personnellement responsables, envers le vendeur, du prix des adjudications (code de proc., art. 625). Il a été jugé que l'huissier qui, même dans une vente volontaire faite au comptant, remet au vendeur le montant du prix, paye, à la décharge de l'acquéreur, une dette dont il est tenu et qu'il a intérêt d'acquitter; donc il est subrogé, en vertu de l'article 1251, aux droits du vendeur (3).

(1) Rejet, 30 décembre 1844 (Dalloz, 1845, 1, 72, et la note de l'arrêtiste).
(2) Demolombe, t. XXVII, p 539, n° 601.
(3) Cassation, 29 janvier 1852, de la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1852, 1, 221).

En matière commerciale, on admet que le commissionnaire qui est chargé d'acheter des marchandises pour le compte de son commettant et qui les paye de ses deniers, est subrogé de plein droit au vendeur. La cour de cassation l'a jugé ainsi par le motif que le commissionnaire a intérêt à acquitter le prix de vente. Ce motif est insuffisant; il faut de plus que celui qui paye soit tenu pour d'autres. Le vrai motif de décider est que le commissionnaire agit *en son propre nom*, quoique pour le compte d'un commettant (code de com., art. 91); il est par cela même tenu pour lui à l'égard du vendeur, donc il est dans les termes de l'article 1251, n° 3 (1).

101. Nous disons que l'intérêt ne suffit pas pour qu'il y ait subrogation. Les interprètes s'y sont trompés parfois. Il est certain que quand les débiteurs sont simplement conjoints, l'un n'est pas tenu pour l'autre ni avec l'autre, ce qui rend la subrogation impossible : tels sont les acheteurs partiels d'un domaine, alors que dans l'intention des parties il n'y a aucun lien d'indivisibilité (n° 98). Telle est aussi l'obligation des héritiers quand les dettes divisibles se partagent entre eux de sorte qu'il y a autant de dettes que d'héritiers. On a cependant soutenu que, pendant l'indivision, l'héritier qui payait la totalité d'une dette était subrogé, parce qu'il avait intérêt à l'acquitter. « On ne peut raisonnablement nier, dit Toullier, que les héritiers sont tenus aux dettes les uns avec les autres et qu'ils ont un très-grand intérêt d'acquitter la dette commune pour écarter un créancier incommode et prévenir les frais. » Toullier en conclut qu'on ne peut refuser, dans ce cas, la subrogation au cohéritier qui a payé avant le partage une dette commune, même chirographaire. C'est oublier la condition essentielle de la subrogation, que celui qui paye soit tenu *avec* d'autres ou *pour* d'autres au payement de la dette. Or, chaque héritier n'est tenu que de sa part dans la dette, puisque les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers dès

(1) Cassation, 14 novembre 1810 (Dalloz, au mot *Commissionnaire*, n° 49). Gauthier, p. 447, n° 400. Comparez Massé, t. IV, p. 66, n° 2101.

l'ouverture de l'hérédité et avant tout partage. Donc on est hors du texte de l'article 1251, et sans loi il ne saurait y avoir de subrogation légale (1).

102. Un sous-entrepreneur de travaux de construction paye les ouvriers par lui employés; il prétend être subrogé à l'action directe que l'article 1798 accorde aux ouvriers contre l'entrepreneur. La cour de cassation a repoussé cette prétention, qui n'a aucun fondement ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. Le sous-entrepreneur qui emploie des ouvriers est seul obligé au payement des salaires à leur égard; en les payant il paye donc sa propre dette; ce qui rend l'article 1251 inapplicable. De plus, l'article 1798 ne peut plus être invoqué par les ouvriers quand ils ont été payés, puisque c'est précisément pour le cas de non-payement que l'article 1798 ouvre une action aux ouvriers contre l'entrepreneur : conçoit-on que l'on demande à être subrogé à un droit qui n'existe pas (2)?

103. En matière d'assurances terrestres, la subrogation donne lieu à des questions très-controversées. On demande d'abord si l'assureur est subrogé de plein droit à l'assuré contre les tiers responsables de l'incendie, notamment s'il peut exercer l'action que la loi accorde au propriétaire contre les locataires (art. 1733 et 1734). La jurisprudence s'est prononcée pour la négative, et telle est aussi l'opinion de la plupart des auteurs. Un arrêt de la cour de Rouen dit que cela est de jurisprudence, comme si la jurisprudence était infaillible. M. Demolombe a raison de dire que les questions de droit doivent toujours se discuter; quelle que soit l'autorité des tribunaux, ce n'est qu'une autorité de doctrine. Dans l'espèce, nous croyons que la jurisprudence est conforme aux vrais principes. La cour de cassation rejette la subrogation, parce que l'assureur n'est pas tenu avec le fermier ni pour lui au payement de la dette. Autre est la dette du locataire, autre

(1) Toullier, t. IV, p. 137, n° 151 En sens contraire, Demolombe, t. XXVII, p. 524, n° 582 Comparez Duranton, t. XII, p. 292, n° 175.
(2) Rejet, chambre civile, 12 février 1866 (Dalloz, 1866, 1, 57). Aubry et Rau, t. IV, p. 184, note 64, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 526, n° 584.

celle de la compagnie d'assurance ; le fermier est responsable par suite d'une présomption de faute ; la compagnie répond du cas fortuit en vertu d'un contrat aléatoire qui l'indemnise du risque qu'elle court. Donc, en indemnisant le propriétaire du dommage causé par l'incendie, la compagnie acquitte une dette qui lui est personnelle et qui n'a rien de commun avec la dette du fermier : c'est dire qu'elle n'est pas tenue avec le fermier ni pour lui, partant elle ne peut être subrogée (1).

De fait la question ne se discute plus guère, parce que les compagnies ont soin de stipuler la subrogation dans la police d'assurance. Ces clauses ont suscité d'autres difficultés. La subrogation conventionnelle est-elle valable dans l'espèce? Il s'agit de la subrogation de l'article 1250, 1°. Cet article suppose que le créancier reçoit son payement d'un tiers, et le subroge d'une manière expresse dans ses droits au moment où il est payé. On conçoit que l'assureur se fasse subroger par l'assuré contre le locataire au moment où il lui paye l'indemnité pour le dommage causé ; cette indemnité représente les dommages-intérêts dont le locataire est tenu ; en ce sens la compagnie paye la dette du locataire, elle peut donc stipuler la subrogation contre lui. Ou a cependant fait une objection très-spécieuse. La subrogation est une cession fictive, ce qui suppose d'abord que le subrogé ne paye pas sa propre dette et ensuite qu'il y a un prix de la cession. Or, l'assureur paye certainement une dette qui lui est propre, et la cour de cassation a même jugé que cette dette n'avait rien de commun avec la dette du locataire. Puis où est le prix de la cession fictive? Est-ce l'indemnité que l'assureur paye à l'assuré? Mais cette indemnité, il la paye en vertu du contrat d'assurance, et il a reçu la compensation de cette indemnité en touchant la prime. Si l'assureur peut, en vertu de la subrogation, se faire rembourser l'indemnité qu'il a payée à l'assuré, il recevra ce

(1) Cassation, 2 mars 1829 (Dalloz, au mot *Assurances terrestres*, n° 247). Rouen, 14 mars 1855 (Dalloz, 1855, 2, 165). Massé, t. IV, p. 70, n° 2163, et la plupart des auteurs. En sens contraire, Demolombe, t. XXVII, p. 532, n°s 597-600.

qu'il a déjà reçu sous forme de prime. Peut-il toucher tout ensemble la prime et l'indemnité qui représente la prime? Il est certain que telle n'est pas l'hypothèse prévue par le n° 2 de l'article 1250 : le tiers qui est subrogé fait une avance, il ne doit rien, il paye pour le débiteur, et c'est pour ce payement qu'il fait sans y être tenu qu'il est subrogé aux droits du créancier (1).

Ces objections n'ont pas prévalu. Mais, chose remarquable, les arrêts qui se sont prononcés en faveur des compagnies ne qualifient pas de subrogation l'acte par lequel elles succèdent aux droits de l'assuré contre les tiers responsables de l'incendie, ils disent que c'est une cession; et voici comment ils la justifient. L'assuré cède à l'assureur ses droits contre le locataire; aucune loi n'interdit cette cession, il s'agit de droits qui sont dans le commerce, donc cessibles. Reste à savoir si la cession faite à l'assureur est valable. La cession est une vente qui n'exige qu'une chose et un prix; or, ces deux conditions se rencontrent dans l'espèce : la chose cédée consiste dans les droits du propriétaire contre son locataire, le prix est représenté par la somme que l'assureur paye à l'assuré (2). L'arrêt que nous analysons émane de la même cour qui d'abord avait repoussé la subrogation. Il ne répond pas à toutes les objections que nous venons de faire. On peut néanmoins justifier la jurisprudence qui est maintenant unanime et d'accord avec la doctrine.

Les compagnies d'assurance s'engagent à indemniser le propriétaire en cas de sinistre et, comme compensation de ce risque, elles touchent une prime. Quel est le risque qu'elles assurent? Celui qui provient d'un cas fortuit. Si l'incendie est produit par le crime ou la faute d'un tiers, la compagnie doit, à la vérité, une indemnité à l'assuré, puisqu'à l'égard de l'assuré le fait du tiers est un cas fortuit; mais elle a une action contre le tiers qui est l'auteur du fait dommageable. La cour de cassation a consacré ce principe qui n'est pas douteux; c'est l'application de

(1) Comparez Colmar, 13 janvier 1832 (Dalloz, au mot *Assurances*, n° 249).
(2) Colmar, 17 novembre 1842, et Rejet, chambre civile, 1er décembre 1846 (Dalloz, 1847, 1, 37).

l'article 1382. Dans l'espèce, l'incendie était attribué à l'imprudence d'un enfant mineur, la mère en était responsable; la compagnie, non subrogée, agit contre la mère; l'action, repoussée par le premier juge, fut admise par la cour de cassation (1). Il suit de là que l'assureur peut avoir un recours contre l'auteur de l'incendie, quoiqu'il ait touché la prime; donc il peut aussi se faire céder les droits que le propriétaire a contre le locataire présumé auteur du fait dommageable (2).

La cour de cassation décide régulièrement que l'acte par lequel l'assuré cède ses droits à l'assureur contre le locataire est une cession proprement dite et non une subrogation. D'ordinaire la cession se fait par une clause de la police; peu importe, dit la cour, car on peut céder des droits éventuels aussi bien que des droits actuels, les choses futures pouvant être l'objet d'un contrat (art. 1130); il est vrai que la convention ne peut pas désigner la personne contre laquelle l'action est cédée, mais cela n'est pas nécessaire quand il s'agit d'un droit aléatoire : il suffit que la cession porte sur un objet clairement déterminé et sur des droits et actions dont les parties contractantes peuvent facilement se rendre compte (3).

Nous croyons que la cour de cassation a raison de décider que la clause dite subrogatoire est une cession plutôt qu'une subrogation. La subrogation implique nécessairement un payement fait pour un tiers par celui qui n'est pas débiteur, elle a pour objet de libérer le débiteur; or, telle n'est certes pas la position de l'assureur; il ne paye pas pour libérer le locataire, il paye parce qu'il est obligé de payer en vertu du contrat d'assurance. Donc il n'y a pas de subrogation; la conséquence en est que l'on ne doit pas observer les conditions prescrites par l'art. 1250, n° 1, pour la validité de la subrogation (4).

(1) Cassation, 22 décembre 1852 (Dalloz, 1853, 1, 93).

(2) Comparez Bruxelles, 14 mars 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 390), et 11 septembre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 257).

(3) Rejet, chambre civile, 2 décembre 1834; Cassation, 13 avril 1836 et 24 novembre 1840 (Dalloz, au mot *Assurances terrestres*, n°s 253, 256 e 257).

(4) Arrêt précité (note 3) du 13 avril 1836. Bruxelles, 13 décembre 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 232).

Si la clause litigieuse est une cession, il en faut conclure que le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification ou par l'acceptation authentique que le débiteur fait de la cession. La jurisprudence a reculé devant cette conséquence. Il a été jugé que la cession que l'assuré fait à l'assureur de droits aléatoires est un acte *sui generis*, qui diffère essentiellement de la subrogation légale réglée par les articles 1250 et 1251, aussi bien que du transport de créances de l'article 1690; la cour d'Orléans en conclut que la clause n'est pas soumise aux formes que la loi prescrit pour le transport-cession (1). C'est admettre une exception sans texte; cela ne se peut. Que le droit cédé soit éventuel ou actuel, toujours est-il que c'est un droit dont la vente constitue une cession, à moins que l'acte ne puisse être considéré comme une subrogation. Il faut choisir. La vérité est qu'il n'y a pas de subrogation, puisqu'il n'y a pas de payement, et il est difficile de voir une vente dans la cession que l'assuré fait à l'assureur, car il n'y a pas de prix véritable; l'indemnité qu'il touche lui est due en vertu du contrat d'assurance, et lui serait due indépendamment de toute cession qu'il ferait à l'assureur de ses droits contre les tiers. La cour d'Orléans a donc raison de dire que c'est une cession d'une nature particulière; c'est dire qu'il y a une lacune dans la loi. Toujours est-il que, dans le silence de la loi et par cela même qu'elle ne déroge pas à l'article 1690, cette disposition est applicable.

Reste à déterminer l'étendue de la cession. Ceci est une question de fait, puisque la décision dépend de l'interprétation du contrat d'assurance ou de la convention spéciale intervenue entre l'assuré et l'assureur. La cession peut donc comprendre l'action que l'article 1733 ouvre au propriétaire contre le locataire, elle peut aussi ne pas la comprendre : c'est la volonté des parties contractantes qui décide (2).

104. Les clauses subrogatoires insérées dans les po-

(1) Orléans, 26 août 1858 (Dalloz, 1859, 2, 2).
(2) Rouen, 14 mars 1855 (Dalloz, 1855, 2, 163).

lices d'assurance, ou stipulées après le sinistre lors du payement de l'indemnité, donnent encore lieu à bien des difficultés que nous devons laisser de côté parce que la matière est trop spéciale. Nous dirons un mot d'une question qui s'est présentée devant la cour de Gand, pour mettre le lecteur en garde contre ces clauses.

Un créancier hypothécaire fait l'assurance de l'immeuble qui lui est hypothéqué; un incendie éclate, la compagnie lui paye l'indemnité du dommage causé et se fait subroger à tous ses droits, actions et priviléges contre le débiteur propriétaire de la maison assurée. Cette subrogation ou cession était-elle valable? La décision dépend de l'interprétation du contrat d'assurance intervenu entre la compagnie et le créancier hypothécaire. Celui-ci n'avait pas fait assurer sa créance, il avait assuré l'immeuble sur lequel sa créance était hypothéquée; c'est donc, en réalité, le propriétaire qui était assuré, le créancier avait agi en son nom comme son gérant d'affaires. Ainsi l'indemnité était due au propriétaire incendié, sauf à régler ses rapports avec le créancier. Dès lors il ne pouvait être question de subroger la compagnie aux droits du créancier contre le propriétaire, car, en payant un créancier gérant d'affaires, elle avait payé au propriétaire ce qu'elle devait à celui-ci (1). Or, il y a un principe fondamental en cette matière qu'il ne faut jamais perdre de vue : celui qui acquitte sa dette, dit la cour de cassation, ne peut être subrogé (2).

105. Toute subrogation repose sur un payement. Donc celui qui invoque la subrogation doit prouver qu'il a payé la créance. Il va sans dire que le payement seul ne suffit pas pour qu'il y ait subrogation en vertu du n° 3 de l'article 1251, il faut que celui qui paye ait eu intérêt à payer et qu'il ait été tenu avec celui ou pour celui dont il a payé la dette. De là suit que le tiers n'est subrogé que lorsqu'il pouvait être forcé à payer, soit en vertu d'un lien personnel, soit en vertu d'un lien réel. S'il n'était passible d'aucune poursuite, nous croyons qu'il n'y a pas de subro-

(1) Gand, 30 mai 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 135).
(2) Rejet, 22 août 1871 (Dalloz, 1871, 1, 165).

gation, car on ne peut pas dire, dans ce cas, que celui qui paye fût *tenu* au payement de la dette; et la loi exige formellement cette condition, elle est donc essentielle pour l'existence même de la subrogation. La cour de Lyon a jugé en sens contraire; à notre avis, c'est une erreur. Ce qui est vrai, c'est que le payement ne doit pas être fait directement, il suffit qu'il ait été fait avec les deniers de celui qui invoque la subrogation. C'est ce que la cour de Lyon a décidé, et en ce point elle a bien jugé (1).

N° 5. DE LA SUBROGATION DE L'ARTICLE 1251, 4°.

106. « La subrogation a lieu de plein droit au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession » (art. 1251, 4°). Cette subrogation n'est pas une conséquence du principe posé par le n° 3 de l'article 1251. L'héritier bénéficiaire n'est pas tenu de payer les dettes de ses deniers, il a seulement un intérêt à les payer afin d'activer la liquidation de la succession dont le reliquat lui appartient, s'il y en a un. Voilà un cas où, contrairement à ce qui est dit au n° 3, l'*intérêt* de celui qui paye suffit pour le subroger. Quel est le motif de cette espèce d'exception? C'est que l'héritier n'est pas le seul qui ait intérêt au payement des dettes, les créanciers et légataires sont également et directement intéressés à recevoir ce qui leur est dû le plus tôt possible : il est donc de l'intérêt de tous que la liquidation avance. Telle est la justification de la subrogation que la loi accorde à l'héritier bénéficiaire qui paye les dettes de ses deniers; il ne risque rien en payant des dettes qui sont garanties par des cautionnements ou des hypothèques, et par là la liquidation est simplifiée; on évite les frais, on empêche que les biens ne soient vendus à un moment où peut-être la valeur des immeubles a baissé, enfin on évite des procédures toujours fâcheuses pour la mémoire du défunt, puisqu'elles révèlent le mauvais état de ses affaires (2).

(1) Lyon, 4 août 1853 et 11 août 1855 (Dalloz, 1857, 2, 127).
(2) Mourlon, t. II, p. 621. Colmet de Santerre, t. V, p. 378, n° 196 *bis*.

107. Qui est subrogé? La loi répond : l'héritier bénéficiaire. On demande si le curateur à une succession vacante est subrogé. La question est assez oiseuse, car les curateurs ne sont guère disposés à payer des dettes qu'ils n'ont aucun intérêt à acquitter; s'il pouvait être question de leur intérêt, il serait plutôt de prolonger la liquidation, puisqu'ils sont administrateurs salariés. Toutefois la question est discutée et controversée. Le principe qui gouverne cette matière suffit pour la résoudre. Il n'y a pas de subrogation légale sans loi, et la loi qui l'établit est de stricte interprétation. Cela est décisif. Vainement invoque-t-on la tradition; les auteurs du code ne l'ont pas consacrée, puisqu'ils ont limité la subrogation à l'héritier bénéficiaire (1).

108. La condition de la subrogation est que l'héritier bénéficiaire paye de *ses deniers* les dettes de la succession. S'il payait avec les deniers de la succession, il ne pourrait être question de subrogation, puisque, dans ce cas, l'héritier paye ce qu'il doit, l'actif héréditaire étant le patrimoine des créanciers, en ce sens qu'il est leur gage exclusif.

Qu'entend-on par dettes de la succession? Le mot *dettes* doit être pris dans son sens le plus large, il ne comprend pas seulement les dettes contractées par le défunt, mais aussi les charges de l'hérédité, telles que les legs. C'est dans ce sens que l'article 802 qui traite des effets du bénéfice d'inventaire emploie le mot *dettes*.

Quels sont les droits de l'héritier subrogé? Ce sont les droits des créanciers ou légataires qu'il paye. Si donc il paye un légataire, il faut appliquer le principe que les légataires ne sont admis à faire valoir leurs droits qu'après les créanciers. Nous renvoyons, quant aux droits des créanciers, à ce qui a été dit ailleurs sur le bénéfice d'inventaire (2).

Quand il y a plusieurs héritiers, il faut appliquer le

(1) Gauthier, p. 580, nos 549 et 550. C'est l'opinion commune (Aubry et Rau, t. IV, p. 184, note 65, § 321). En sens contraire, Toullier, Rolland de Villargues et Championnière.

(2) Duranton, t. XII, p. 297, nos 177 et 178. Demolombe, t. XXVII, p. 566, no 625.

principe de la division des dettes. L'héritier bénéficiaire ne doit payer les dettes, jusqu'à concurrence de son émolument, que dans les limites de son droit héréditaire, donc pour moitié s'il est héritier pour moitié. Si donc il paye la totalité d'une dette, il ne sera subrogé que pour la moitié dont il était tenu; quant à l'autre moitié, il ne la paye pas comme héritier bénéficiaire, il ne peut donc invoquer la subrogation que la loi accorde à l'héritier bénéficiaire; c'est un tiers qui paye la dette, et qui n'est subrogé qu'en stipulant la subrogation. Il y aurait exception si la dette était hypothécaire ou indivisible; dans ce cas, l'héritier bénéficiaire aurait pu être contraint à payer toute la dette sur les biens qu'il détient comme héritier, ce qui lui assure la subrogation, soit en vertu du n° 4, soit en vertu du n° 2 de l'article 1251 (1).

§ IV. *Des effets de la subrogation.*

N° 1. DROITS DU SUBROGÉ.

I. *Principe.*

109. On lit dans un arrêt de la cour de cassation : « Par l'effet de la fiction qui sert de fondement à la subrogation, soit conventionnelle, soit légale, la créance acquittée est censée subsister avec tous les droits qui y sont inhérents, afin d'assurer au tiers qui est subrogé l'efficacité de son recours pour le recouvrement de ce qu'il a payé (2). » C'est l'application du principe que nous avons longuement développé au début de cette difficile matière (n°s 13, 14). La cour de cassation a consacré l'opinion commune qui explique la subrogation par la fiction d'une cession : la créance étant censée cédée, il s'ensuit que le subrogé a tous les droits qui étaient attachés à la créance, il est en tout mis en lieu et place du créancier qu'il a payé.

110. Le principe est certain, mais l'application donne

(1) Larombière, t. III, p. 372, n° 73 de l'article 1251 (Ed. B., t. II, p. 259).
(2) Rejet, chambre civile, 8 avril 1861 (Dalloz, 1861, 1, 158). Comparez Rejet, chambre civile, 22 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 1, 5).

lieu à bien des doutes. C'est ici que se trouvent les difficultés de la matière : elles se compliquent des questions également difficiles que présente le système hypothécaire avec lequel la subrogation a une liaison intime, car l'intérêt de la subrogation se concentre presque toujours sur les garanties réelles auxquelles le subrogé succède. Nous ne pouvons traiter ici toutes ces questions, il y en a qui doivent être ajournées au titre des *Hypothèques*; nous n'abordons pour le moment que celles qui concernent directement les effets de la subrogation.

Le principe, tel que la cour de cassation l'a formulé, sert à décider une question qui ne devrait pas être controversée. On demande si la subrogation ne produit d'effet que contre le débiteur, ou le subrogé peut-il exercer les droits que le créancier a contre les tiers, notamment contre les tiers détenteurs. Si l'on s'en tient au principe de la cession fictive, la question n'en est pas une : le subrogé est censé acheter la créance, il l'achète telle que le cédant la possède, avec tous les droits qui y sont attachés; donc il exerce les droits que le créancier a contre les tiers aussi bien que ceux qu'il a contre le débiteur. Où est donc le motif de douter? Il y a des articles du code qui semblent limiter les effets de la subrogation aux droits du créancier contre le débiteur. Tel est l'article 1250, n° 1, la disposition la plus explicite que le code contienne sur les effets de la subrogation. « Le créancier recevant son payement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques *contre le débiteur*. » La loi n'ajoute pas : et *contre les tiers*. L'article 2029, qui contient une application de la subrogation légale établie par l'article 1251, 3°, est conçu dans les mêmes termes : « La caution qui a payé la dette est subrogée à *tous les droits* qu'avait le créancier *contre le débiteur*. » Cette subrogation est très-favorable, puisqu'elle vient en aide à la caution qui a rendu un service au débiteur et au créancier; aussi la loi subroge-t-elle la caution à *tous les droits* du créancier, mais elle semble restreindre la subrogation en ajoutant *contre le débiteur*. L'article 874, qui contient aussi une application de l'article 1251, 3°,



est rédigé de la même manière. La conclusion semble forcée. En effet, la subrogation n'est-elle pas une fiction? et toute fiction n'est-elle pas de la plus rigoureuse interprétation? Quand la loi limite les effets d'une fiction, il n'appartient pas à l'interprète de les étendre.

On répond que les articles que nous venons de citer ne peuvent pas avoir le sens restrictif qu'on leur prête, parce que ainsi entendus ils seraient en opposition avec d'autres dispositions, il y a mieux, ils seraient en contradiction avec eux-mêmes. La définition de la subrogation ne se trouve pas dans l'article 1250, c'est l'art. 1249 qui la définit, en disant que le tiers qui paye le créancier avec subrogation est subrogé aux *droits* de ce créancier; donc à tous les droits sans exception aucune, aux droits du créancier contre les tiers, comme aux droits du créancier contre le débiteur. L'article 1250, n° 2, s'exprime dans les mêmes termes en parlant de la subrogation consentie par le débiteur : conçoit-on que le *débiteur* puisse subroger le prêteur à tous les droits du créancier contre les tiers et que le *créancier* ne puisse le subroger qu'aux droits qu'il a contre le débiteur? Cela n'a pas de sens. Il y a plus. L'article 1250, 1°, que l'on invoque pour en induire que la subrogation est limitée aux droits du créancier contre le débiteur, témoigne contre ceux qui le citent; il porte que le tiers qui paye est subrogé aux *priviléges* et *hypothèques* du créancier contre le débiteur : est-ce à dire que le subrogé ne puisse exercer les priviléges et hypothèques que contre le débiteur? Cela serait en opposition avec l'essence même de l'hypothèque et du privilége; ce sont des droits réels qui affectent la chose même et qui la suivent dans quelque main qu'elle passe; donc, en étant subrogé aux priviléges et hypothèques qui grèvent les biens du débiteur, le subrogé acquiert des droits contre les tiers détenteurs des immeubles grevés de ces charges réelles. Et s'il peut exercer contre les tiers les hypothèques consenties par le débiteur, pourquoi ne pourrait-il pas exercer contre les tiers des hypothèques quelconques consenties par n'importe qui pour la garantie de la créance? Toujours est-il que l'on ne peut pas se prévaloir de l'ar-

ticle 1250 pour en induire que le subrogé n'a d'action que contre le débiteur, puisque cet article lui donne implicitement action contre les tiers détenteurs des immeubles que le débiteur a hypothéqués.

Il y a un article que l'on cite pour et contre l'opinion que nous suivons, et qui est l'opinion presque unanime des auteurs et de la jurisprudence. L'article 1252 porte : « La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs. » Donc, dit-on, la subrogation donne droit au subrogé contre les tiers, puisque les cautions sont des tiers. Non, dit-on dans l'opinion contraire, car si la subrogation donnait au subrogé tous les droits du subrogeant contre les tiers, l'article 1252 serait inutile; pour lui donner un sens, il faut supposer qu'en principe le subrogé n'a de droit que contre le débiteur, et que, par exception à ce principe, la loi lui donne action contre la caution. A vrai dire, l'article 1252 témoigne plutôt pour notre opinion. Il n'est pas exact de dire que ce soit une disposition exceptionnelle, elle a été introduite par le Tribunat, qui expose comme suit les motifs de sa proposition. Dans l'ancien droit, il y avait diversité de jurisprudence sur la question de savoir si les cautions restaient tenues envers le subrogé : tel parlement décidait que le payement avec subrogation éteignait l'obligation des cautions, tel autre maintenait l'obligation et donnait action au subrogé contre elles. C'est ce dernier système qui a prévalu (1). Cela prouve combien il y a toujours eu d'incertitude en cette matière.

Voilà les textes. Reste l'esprit de la loi. Si l'on s'en tient à la tradition que le code a consacrée, la question n'est pas douteuse. La subrogation est une cession fictive. En quoi consiste la fiction, et pourquoi a-t-elle été imaginée? C'est la créance payée qui est censée faire l'objet d'une vente; c'est donc la créance même avec tous les droits du créancier qui est transmise au subrogé, et c'est pour que le subrogé puisse acquérir tous ces droits que

(1) Observations du Tribunat, n° 44 (Locré, t. VI, p. 132).

la loi feint de le considérer comme un cessionnaire. Elle favorise le payement, et pour le favoriser elle transporte à celui qui paye toutes les sûretés, toutes les garanties attachées à la créance primitive; son but serait manqué si elle ne transmettait pas au subrogé tous les droits du subrogeant, car il en résulterait que le tiers qui est disposé à payer serait arrêté par la crainte de n'être pas remboursé. Cela est décisif. Qu'est-ce que l'on y oppose? On dit que le tiers qui paye est subrogé parce qu'il fait les affaires du débiteur, dont il est ou le mandataire ou le gérant d'affaires; or, il paye la dette du débiteur, il ne paye pas la dette du tiers détenteur qui, d'après la rigueur des principes, n'est pas même débiteur; donc, dit-on, la subrogation est étrangère au tiers détenteur, elle ne concerne que le débiteur. L'objection confond les actions qui naissent de la subrogation avec l'action qui naît du payement. Sans doute, le payement fait pour le débiteur ne donne d'action que contre lui, une action purement personnelle; mais c'est précisément parce que cette action est insuffisante, dénuée qu'elle est de toute garantie, que le législateur a créé une fiction qui permet de transporter à celui qui a fait le payement toutes les garanties, sans exception, dont le but est d'assurer le payement de la créance primitive (1).

122. L'action que la subrogation donne au subrogé contre les tiers se prend dans l'acception la plus large; il ne s'agit pas seulement des droits contre les tiers détenteurs, le subrogé peut exercer tous les droits que le subrogeant avait, à raison de sa créance, même contre les tiers qui ne sont tenus ni personnellement ni hypothécairement au payement de la dette (2).

Telle est l'action en résolution qui appartient au vendeur non payé. On admet généralement qu'elle passe au subrogé. D'après le texte de l'article 1249, la question n'est guère douteuse. La loi dit que celui qui paye est

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 379, n[os] 197 *bis* II et III. C'est l'opinion commune (Demolombe, t. XXVII, p. 575, n° 639). La jurisprudence est dans le même sens. Cassation, 7 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 409).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 186, note 74, § 321.

subrogé par la convention *ou* par la loi aux *droits du créancier;* il y a des dispositions qui disent à *tous* les droits, donc aussi au droit de demander la résolution (1). Toutefois il y a un motif de douter puisé dans la fiction même qui sert de base à la subrogation. C'est une cession fictive ; et quels sont les droits que la cession donne au cessionnaire? « La vente d'une créance, dit l'article 1692, comprend les *accessoires* de la créance : tels que caution, privilége et hypothèque. » La question est donc de savoir si l'action en résolution est un accessoire de la créance du vendeur. On le prétend (2). Cela nous paraît très-douteux. Le vendeur a deux droits très-distincts : le droit au prix, droit mobilier qui suppose le maintien et l'exécution de la vente; le droit à la résolution, droit immobilier qui suppose l'anéantissement de la vente. Puisque le caractère de ces deux droits diffère ainsi que le but, on ne peut pas dire que l'un est l'accessoire de l'autre. Si donc par *droits*, dans les articles 1249 et 1250, on entend les accessoires de la créance, il faudrait refuser au subrogé l'action en résolution. Mais la loi ne parle pas d'accessoires, elle donne au subrogé tous les droits qu'avait le subrogeant, donc aussi le droit à la résolution.

Nous admettons donc l'opinion générale, non pour les motifs que l'on donne, mais parce que le texte est absolu et comprend *tous les droits* du créancier désintéressé, qu'ils soient accessoires ou non. Il en résulte une conséquence aussi importante que singulière. L'acheteur revend, et le sous-acquéreur paye son prix au vendeur principal auquel il est subrogé. Puis le second vendeur demande la nullité de la revente, par le motif qu'elle a eu lieu au nom d'un mineur sans l'observation des formalités légales. Il a été jugé que le second vendeur était non recevable dans son action en nullité. C'est l'application du principe de la subrogation. Le sous-acquéreur, menacé d'éviction et en danger de perdre la chose et le prix, pouvait demander reconventionnellement, en vertu de la subrogation aux

(1) Paris, 30 juin 1853 (Dalloz, 1854, 2, 108).
(2) Mourlon, p. 37. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 186, note 75, § 325. Demolombe, t. XXVII, p. 578, n° 641.

droits du premier vendeur qu'il avait désintéressé, la résolution de la vente originaire pour défaut de payement du prix; l'action en nullité aurait abouti ainsi à résoudre les droits de celui qui intentait l'action; c'est dire qu'il était non recevable, puisqu'il était sans intérêt à obtenir une annulation qui aurait anéanti son propre droit (1).

112. Il ne faut pas confondre la question que nous venons d'examiner avec celle de savoir si un créancier peut, en vertu de l'article 1251, 1°, demander à être subrogé à l'action en résolution exercée par le vendeur. Nous avons décidé ce dernier point négativement (n° 76). Il n'y a pas contradiction entre les deux solutions. Dans le cas où la subrogation existe, on demande quels sont les effets de la subrogation; les articles 1249 et 1250 répondent à la question en donnant au subrogé tous les droits du subrogeant, donc aussi le droit de résolution. Mais quand le créancier demande à être subrogé à l'action résolutoire intentée par le vendeur, il s'agit de savoir s'il a le droit d'exiger cette subrogation; or, les termes restrictifs de l'article 1251, n° 1, ne permettent pas de la lui accorder, puisque le créancier est seulement subrogé à ceux qui lui sont préférables par leurs priviléges ou hypothèques, ce qui exclut l'action résolutoire.

La cour de Bruxelles a décidé que le créancier hypothécaire de l'acquéreur contre lequel l'action en résolution est intentée peut exercer les droits de son débiteur, c'est-à-dire payer le vendeur pour empêcher une résolution qui entraînerait la résolution de son propre droit (2). Sans doute le créancier peut agir en vertu de l'article 1166, mais en résultera-t-il qu'il sera subrogé, comme le dit la cour? Il s'agit de la subrogation légale; la cour cite l'article 1251, mais elle ne cite pas le numéro de cet article en vertu duquel le créancier hypothécaire serait subrogé. Ce ne pourrait être que le n° 3 ou le n° 1. Ce n'est pas le n° 3, car le créancier n'est pas tenu *pour* ni *avec* l'acquéreur, quoiqu'il ait intérêt à acquitter la dette; ce n'est

(1) Rejet, 17 juillet 1861 (Dalloz, 1861, 1, 480).
(2) Bruxelles, 27 novembre 1843 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 78).

pas le n° 1, puisque le créancier ne paye pas un créancier qui lui est préférable à raison de ses *priviléges* ou *hypothèques*, car le vendeur n'exerce pas son privilége, il agit en résolution. Donc le créancier ne peut invoquer aucun texte, et il n'y a pas de subrogation légale sans loi.

113. Un prêt est fait avec hypothèque. Le créancier n'étant pas présent, le notaire déclara que l'obligation était acceptée par lui au nom du créancier. Cette hypothèque était nulle, parce que l'acte notarié était nul, le notaire qui l'avait reçu y ayant figuré personnellement comme mandataire de l'une des parties. Plus tard le débiteur fit un emprunt pour payer sa dette, il subrogea le nouveau prêteur à ses droits. On opposa au subrogé la nullité de l'hypothèque. Alors s'éleva la question de savoir si le subrogé pouvait exercer contre le notaire coupable d'une faute lourde l'action en responsabilité qui appartenait au subrogeant; ce sont les termes de l'arrêt. L'affirmative n'est pas douteuse si l'on admet le principe tel que nous venons de le poser (n° 111). C'est ce qu'a fait la cour de cassation. La subrogation, dit-elle, en substituant un créancier à un autre, laisse subsister la dette primitive avec tous ses accessoires; dès lors le recours en garantie contre le notaire, à raison du dommage résultant de la faute lourde par lui commise dans la rédaction de l'acte, appartenait au subrogé, comme il avait appartenu, dans le principe, au créancier subrogeant (2).

114. Le subrogé succède à tous les droits du subrogeant, mais il doit naturellement prendre les choses dans l'état où elles avaient été mises par celui-ci. C'est la remarque de la cour de cassation, et elle est évidente : le créancier ne peut pas céder des droits auxquels il a renoncé. Si donc il a donné mainlevée de l'inscription prise pour la conservation de l'hypothèque, il ne peut plus transmettre au subrogé un droit hypothécaire qui est éteint et qu'il ne lui appartient pas de faire revivre; la

(1) Cassation, 9 décembre 1863 (Dalloz, 1863, 1, 299).

subrogation donne au subrogé tous les droits du subrogeant, mais elle ne peut pas lui donner des droits que le subrogeant n'a plus (1).

La difficulté est de savoir quand le droit hypothécaire est éteint. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, l'inscription n'avait pas été radiée. Nous dirons, au titre des *Hypothèques*, que la mainlevée d'une inscription produit ses effets du moment qu'elle a été régulièrement consentie, alors même que la radiation n'aurait pas été faite. Cela suppose que la mainlevée implique renonciation à l'hypothèque. La cour d'Aix avait jugé que le créancier qui consent à la mainlevée d'une inscription renonce à son rang hypothécaire à l'égard de tous. Cette décision, trop absolue, a été cassée. Le créancier avait consenti à la mainlevée de l'inscription au profit de l'acquéreur dont il recevait son payement, le but était d'affranchir le tiers acquéreur de tout droit de suite; la renonciation ne profitait donc qu'à lui. La cour de cassation en conclut que le débiteur ne pouvait l'invoquer, ni les créanciers postérieurs : c'est l'application du principe élémentaire que les conventions ne nuisent pas aux tiers et ne leur profitent pas, par suite ils ne peuvent pas s'en prévaloir (art. 1165). Il faut donc voir si, dans l'intention des parties, l'hypothèque subsiste ou si elle est éteinte; si elle est éteinte, l'inscription sera radiée et l'extinction pourra être invoquée par les tiers; si elle n'est pas éteinte, l'inscription subsistera et, par suite, le subrogé pourra exercer le droit qui y est attaché (2).

II. *Exceptions.*

115. Les effets de la subrogation, tels que nous venons de les déterminer s'appliquent-ils à la subrogation légale? En principe, oui. Il n'y a qu'une subrogation, en ce sens que peu importe d'où elle procède, c'est toujours le même fait juridique, une cession fictive; que la cession

(1) Cassation, 29 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 1, 172).
(2) Cassation, 20 juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 254).

soit faite par la convention ou par la loi, son effet est de transmettre au subrogé la créance même et les actions du créancier. Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de cassation (1). La décision est fondée sur le texte de la loi. D'après l'article 1249, la subrogation est conventionnelle ou légale et, dans l'un et l'autre cas, le tiers qui paye le créancier est subrogé à *ses droits*. Il suffit donc qu'il y ait subrogation en vertu de la loi pour que le subrogé exerce tous les droits du subrogeant.

La règle est certaine, mais elle reçoit des exceptions. Il y en a qui sont écrites dans la loi, d'autres sont contestées. Ce point est un des plus difficiles de notre matière. Malheureusement la doctrine et la jurisprudence n'ont pas la précision que les auteurs et les tribunaux devraient mettre dans une matière hérissée de difficultés.

116. La subrogation du n° 1 de l'article 1251 reste sous l'empire du droit commun, en ce qui concerne les effets qu'elle produit au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques. Dans le texte même, il n'y a aucune dérogation à la règle, donc la règle reste applicable, à moins que l'exception ne résulte de la nature même de la disposition. Plusieurs créanciers ont des droits sur un immeuble, soit une hypothèque ou un privilége, soit un droit de gage en vertu des articles 2092 et 2093; le créancier postérieur paye le créancier par lequel il est primé, il est subrogé. La subrogation est-elle limitée à l'immeuble sur lequel les divers créanciers ont des droits? La cour de Paris a jugé que le subrogé obtenait seulement un rang meilleur sur l'immeuble affecté à sa créance, mais qu'il ne succédait pas aux autres droits qui pouvaient appartenir au créancier désintéressé, notamment à l'hypothèque que le subrogeant avait sur un autre immeuble; ce serait, dit la cour, lui donner une hypothèque sur un immeuble qui ne lui était pas hypothéqué (2). Il y a un motif de douter : la

(1) Cassation, 18 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 33).
(2) Paris, 20 février 1868 (Dalloz, 1870, 1, 347). Le pourvoi dirigé contre l'arrêt a été rejeté pour un motif étranger à notre question.

subrogation a un but spécial, c'est d'empêcher le créancier antérieur de poursuivre l'expropriation de l'immeuble au préjudice d'un créancier postérieur; or, ce but est atteint dès que l'on permet au créancier postérieur de prendre son rang sur l'immeuble en le désintéressant. Quand le but est spécial, l'effet aussi ne doit-il pas être spécial? L'opinion contraire est cependant généralement suivie; ce qui nous décide à l'adopter, c'est qu'elle est conforme à la tradition, et elle se justifie par le principe qui est fondamental en cette matière. La loi subroge, parce qu'elle voit le payement avec faveur; or, pour engager le créancier postérieur à désintéresser le créancier antérieur, il ne suffit pas de lui donner le rang du créancier antérieur, ce rang peut ne pas assurer son remboursement; on doit bien supposer que l'hypothèque ne donnait pas au créancier une garantie complète, puisqu'il en a stipulé une autre; donc, dans l'esprit de la loi, il faut donner au créancier postérieur tous les droits du créancier antérieur (1).

La cour de cassation a appliqué le principe à l'espèce suivante. Le créancier antérieur avait déjà commencé la poursuite en saisie immobilière; le créancier postérieur le paye, sera-t-il substitué dans la poursuite en saisie? La subrogation n'était pas contestée, on demandait seulement si le subrogé pouvait poursuivre la saisie non-seulement pour la créance du saisissant, mais aussi pour sa propre créance. Il a été jugé que le subrogé devient, par l'effet de la subrogation, partie dans l'instance en sa double qualité de subrogé au saisissant et de créancier inscrit, et qu'il peut la continuer, non-seulement pour obtenir le remboursement de ce qu'il a payé au premier saisissant, mais aussi de la créance qui lui est propre. La cour invoque les articles 692 et 693 du code de procédure (2). Comme la difficulté tient à une interprétation du code de procédure, nous nous bornons à constater la décision. Elle est remarquable au point de vue de la su-

(1) Cassation, 7 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 409). Demolombe, t. XXVII, p. 448, n° 496.
(2) Rejet, chambre civile, 4 novembre 1868 (Dalloz, 1868, 1, 469).

brogation. La loi l'accorde au créancier postérieur pour empêcher la saisie, et voilà qu'il l'invoque pour la continuer; cela prouve que les effets de la loi dépassent parfois les prévisions du législateur. On ne peut pas dire que la subrogation devient inutile et qu'on l'applique contre le vœu de la loi; il y a toujours une utilité pour le créancier postérieur à écarter le créancier antérieur, puisque cela diminue les frais de l'ordre, et d'ailleurs le subrogé est le maître d'arrêter les poursuites, tandis que sans la subrogation il subirait la saisie, quelque désavantageuse qu'elle lui fût.

117. La subrogation légale du n° 2 de l'article 1251 donne-t-elle à l'acquéreur qui a employé son prix au payement des créanciers inscrits sur l'immeuble, tous les droits de ces créanciers, même contre les tiers, ou la subrogation est-elle limitée aux droits de ces créanciers sur l'immeuble acheté par l'acquéreur? C'est la question la plus douteuse qui se présente dans notre matière. Au premier abord, on pourrait croire qu'elle est identique avec celle que nous venons d'examiner au sujet du n° 1 de l'article 1251. Le texte du n° 2 est aussi général que celui du n° 1; il n'y a pas d'exception à la règle; n'en faut-il pas conclure que la règle reste applicable? Si l'on invoque l'objet spécial de la subrogation accordée à l'acquéreur, celui de consolider sa propriété, on peut répondre, comme nous venons de le faire sur le n° 1, que l'esprit de la loi est en faveur du subrogé; elle veut favoriser la stabilité des propriétés, elle doit donc donner à l'acquéreur tous les droits qui appartiennent aux créanciers qu'il a désintéressés; c'est le moyen le plus efficace d'atteindre le but que la loi a en vue.

Il y a cependant une différence entre les deux cas et elle est notable, c'est la tradition. Dans l'ancien droit la subrogation était limitée aux hypothèques établies sur l'immeuble que l'acheteur voulait mettre à l'abri de l'éviction en désintéressant les créanciers inscrits; l'effet était limité, ainsi que le but de la subrogation. Reste à savoir si les auteurs du code ont entendu consacrer la tradition. Les travaux préparatoires sont très-maigres en cette ma-

tière. Bigot-Préameneu, dans l'Exposé des motifs, fait entendre clairement que le code reproduit l'ancienne jurisprudence. Il commence par dire que les lois romaines étaient muettes ou obscures. Puis il indique le motif d'équité qui milite en faveur de la subrogation : « L'acquéreur ne peut avoir d'autre but, lorsqu'il paye des créanciers ayant hypothèque sur l'héritage acquis, que celui d'éviter les poursuites en délaissement. » Voilà le but tout spécial de la subrogation invoquée par l'acquéreur. « Sur ce point, continue l'orateur du gouvernement, la justice est si évidente que, nonobstant le défaut de loi expresse, la jurisprudence accordait en ce cas à l'acquéreur les droits de la subrogation, *sinon sur tous les biens du vendeur*, du moins sur l'héritage vendu que l'acquéreur avait eu intérêt de libérer de l'hypothèque. On avait reconnu que les créanciers postérieurs ne pouvaient, sans se rendre coupables de mauvaise foi, prétendre que ce payement tournât à leur profit. » Bigot-Préameneu ne dit pas que les auteurs du code aient entendu déroger à l'ancien droit en donnant une plus grande extension à la subrogation légale ; il n'y a donc aucune trace de l'intention d'innover. N'en faut-il pas conclure que le code a maintenu la subrogation, telle qu'il l'a trouvée établie dans l'ancien droit (1)? Cette interprétation reçoit une singulière confirmation par le témoignage des interprètes qui ont pris part aux travaux préparatoires du code. Maleville, un des membres de la commission qui rédigea le projet du code civil, enseigne que la doctrine de l'ancienne jurisprudence est restée celle de la législation nouvelle. Tel est aussi l'avis de Favard de Langlade, tribun et rapporteur de la loi qui forme le titre des *Obligations* (2). L'esprit de la loi est, en effet, resté le même, et l'esprit interprète le texte dont on ne saurait le séparer. Or, l'esprit de la loi modifie et restreint ce que le

(1) Exposé des motifs, n° 129 (Locré, t. VI, p. 170). Demolombe, t. XXVII, p. 484, n° 543, cite les témoignages de l'ancien droit, ainsi que Gauthier, p. 307, n° 268.

(2) Maleville, t. III, p. 4. Favard de Langlade, *Répertoire*, au mot *Subrogation*, § II, n° 5.

texte a de trop général; il répond à l'objection que l'on tire des articles 1249 et 1251. La loi, dit-on, met la subrogation légale sur la même ligne que la subrogation conventionnelle et elle ne distingue pas entre les divers cas de subrogation légale; or, quand la loi ne distingue pas, l'interprète ne peut pas le faire. Nous répondons que parfois l'interprète doit distinguer, bien que la lettre de la loi ne le fasse point, c'est quand la distinction résulte de l'objet que la loi a en vue. La subrogation du n° 2 de l'article 1251 a-t-elle le même objet que la subrogation en général? Elle a un objet tout spécial que la tradition nous fait connaître et à raison duquel l'ancien droit limitait l'effet de la subrogation; or, le code reproduit la jurisprudence ancienne, il consacre donc implicitement la distinction qu'elle faisait.

118. Si le débat ne portait que sur le n° 2 de l'article 1251, nous croyons que l'autorité de la tradition et l'esprit de la loi l'auraient emporté sur un texte trop laconique pour être décisif. Ce n'est pas la seule matière traditionnelle dans laquelle on admette des distinctions que le texte ne fait point et qui n'ont d'autre fondement que la tradition; nous rappellerons l'article 931 qui semble prescrire la rédaction d'un acte authentique pour l'existence de toute donation entre-vifs, ce qui n'empêche pas la doctrine et la jurisprudence d'admettre la validité des dons manuels en se fondant sur la tradition; nous rappellerons encore l'article 1167, dans lequel on introduit plus d'une distinction, toujours en prenant appui sur la tradition. Pourquoi ne pourrait-on pas en faire autant de la subrogation légale dont la loi ne dit rien dans son laconisme excessif? Mais le n° 2 de l'article 1251 n'est pas isolé, on ne peut guère le séparer du n° 3, dont il est une application, de l'aveu de tout le monde. Ici est le vrai siége de la difficulté.

Aux termes du n° 3, tout tiers détenteur est subrogé au créancier qu'il paye, lorsqu'il est tenu pour lui au payement de la dette et qu'il avait intérêt de l'acquitter. Quel est l'effet de la subrogation légale du n° 3? Sur ce point, il n'y a aucun doute; elle produit le même effet

que la subrogation conventionnelle, sauf les exceptions que la loi elle-même a faites à la règle générale, exceptions qui confirment la règle. Si la subrogation du n° 2 rentre dans celle du n° 3, si ce n'est qu'une application de la règle, ne faut-il pas décider que l'effet est identique? Qu'importe que l'effet de la subrogation soit limité lorsqu'on s'en tient au n° 2, puisque en vertu du n° 3 il est illimité? Cela semble décider la question. C'est effectivement cet argument qui a engagé Toullier à rétracter sa première opinion qui était conforme à la tradition (1).

A notre avis, l'argument est loin d'être aussi décisif qu'on le croit. L'article 1251, n° 3, en tant qu'il s'applique au tiers détenteur, suppose que celui qui paye la dette n'était pas débiteur personnel, qu'il n'en était tenu qu'hypothécairement pour le véritable débiteur, tandis que le n° 2 de l'article 1251 suppose un tiers détenteur, l'acquéreur, qui est débiteur personnel, car c'est son prix d'acquisition qu'il emploie au payement des créanciers inscrits. Voilà, malgré l'analogie des deux dispositions, une différence considérable dont l'interprète doit tenir compte, sous peine de mêler des choses de nature différente et de négliger des nuances qui conduisent à une décision différente. L'acquéreur du n° 2 paye ce qu'il doit, le tiers détenteur du n° 3 paye ce qu'il ne doit pas. La position du tiers détenteur est plus favorable que celle de l'acquéreur; il n'est pas obligé personnellement en payant les créanciers, il paye ce qu'un autre doit, et il le paye de ses deniers. L'acquéreur paye aussi en un certain sens la dette d'un autre, sans cela il ne pourrait pas y avoir de subrogation, mais il paye aussi sa propre dette, ce n'est donc pas de ses deniers qu'il paye, c'est des deniers qu'il est obligé de payer au vendeur; au lieu de les payer au vendeur, il les paye aux créanciers inscrits. Cette différence de position doit conduire à des conséquences différentes. Quand on dit que l'acquéreur du n° 2 est aussi subrogé en vertu du n° 3, cela n'est pas tout à

(1) Toullier, t. IV, 1, n° 145, et la note de la page 132. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 186, note 76, § 321.

fait exact ; cela n'est vrai que si l'acquéreur paye au delà de son prix, en payant de ses propres deniers; alors l'acquéreur est un vrai tiers détenteur, et il peut invoquer le bénéfice du n° 3 avec toutes ses conséquences; la subrogation est complète, elle comprend tous les droits du créancier que le tiers détenteur paye de ses deniers. Mais quand l'acquéreur emploie le prix qu'il doit au vendeur à désintéresser les créanciers de celui-ci, il ne fait aucune avance et, en principe, il n'a aucun recours, car il a payé ce qu'il doit; or, la fiction de la subrogation n'a été imaginée que pour assurer le recours de celui qui paye sans qu'il fût personnellement obligé de payer, ou qui paye au delà de ce qu'il était tenu de payer. Donc, en principe, l'acquéreur qui paye son prix ne devrait pas être subrogé. S'il l'est, c'est uniquement pour le mettre à l'abri de la poursuite hypothécaire des créanciers qu'il n'a pas pu désintéresser. C'est donc une subrogation exceptionnelle ayant un objet spécial et une raison spéciale; dès lors il faut la limiter à cet objet et la restreindre dans les limites pour lesquelles la loi l'a établie.

On objecte que la subrogation, limitée aux droits des créanciers sur l'immeuble, ne suffit point pour garantir les intérêts de l'acquéreur; il peut être évincé soit par un créancier hypothécaire non payé, soit par le véritable propriétaire, si son vendeur ne l'était pas. Il a, dans ce cas, un recours, il est donc dans les termes de la subrogation générale, et il doit jouir de tous les droits qui y sont attachés. Nous répondons que l'objection se place en dehors de la loi et la dépasse. Le but de la loi n'est pas de mettre l'acquéreur à l'abri de toute éviction et de le garantir de toute perte; elle a un objet plus restreint, elle veut mettre l'acquéreur à l'abri d'un danger spécial, celui dont le menacent les hypothèques non soldées. Si l'on étend la subrogation à l'éviction qui résulte de la revendication, on dépasse déjà les prévisions du législateur; on les dépasse entièrement quand on veut que la subrogation offre à l'acquéreur une garantie absolue contre tout risque et toute perte. S'il en était ainsi, la loi n'aurait pas eu besoin d'organiser la purge; si elle l'a fait, c'est précisé-

ment parce que la subrogation n'est pas une garantie suffisante. Il faut donc la prendre telle qu'elle est, telle que le législateur l'a établie, avec son insuffisance. Par cela même qu'on veut la rendre suffisante et complète, on se met en dehors de la loi, on crée une subrogation autre que celle que le législateur a organisée, c'est-à-dire qu'on fait la loi au lieu de l'interpréter.

119. On invoque contre notre interprétation la doctrine et la jurisprudence. Nous commençons par l'examen des arrêts. La jurisprudence est loin de dire ce qu'on lui fait dire. Il y a d'abord des arrêts qui nient formellement, et d'une manière absolue, que l'acquéreur soit subrogé à tous les droits des créanciers qu'il paye. Nous nous bornons à citer un arrêt de la cour de Paris. La subrogation, dit-elle, que la loi accorde à l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet immeuble était hypothéqué, n'a d'autre objet que de procurer audit acquéreur un moyen de repousser les réclamations, soit des créanciers inscrits sur l'immeuble après ceux que l'acquéreur a payés, soit du vendeur lui-même. Il est donc impossible d'admettre que cette subrogation s'étende à tous les autres immeubles du débiteur hypothéqués au créancier qui reçoit son payement de l'acquéreur (1). Nous laissons de côté les autres motifs donnés par la cour, notre but n'étant pas de donner une critique détaillée de la jurisprudence sur la question que nous discutons, nous devons nous borner au principe.

Ce premier arrêt reste dans les limites du n° 2 de l'article 1251; nous croyons que la décision, ainsi restreinte, est conforme au texte et à l'esprit de la loi. Mais il y a un autre élément du débat, c'est le n° 3 du même article. La cour de Paris en a tenu compte dans d'autres arrêts où elle établit très-bien la distinction que nous avons admise. L'acquéreur qui emploie le prix de son acquisition à rembourser les créanciers inscrits du vendeur paye sa propre

(1) Paris, 10 juin 1833 (Dalloz, au mot *Privilèges et Hypothèques*, n° 1974.

dette, puisqu'en dégrevant l'immeuble, il se libère envers le vendeur du prix qu'il lui doit. Pourquoi la loi le subroge-t-elle? La loi le subroge aux droits des créanciers sur l'immeuble acquis. à l'effet d'empêcher le vendeur et les créanciers postérieurs de lui réclamer le prix une seconde fois. Autre est la position de l'acquéreur qui, après avoir payé son prix, soit au vendeur, soit aux premiers créanciers inscrits, paye de ses deniers les créanciers hypothécaires qu'il n'a pu désintéresser avec son prix d'acquisition; dans ce cas, il ne paye pas sa dette, mais celle d'un autre, à laquelle il n'est pas personnellement obligé, il est donc juste de le mettre aux droits des créanciers. A ce cas s'applique le n° 3 de l'article 1251 qui subroge dans tous les droits du créancier celui qui, étant tenu d'une dette pour d'autres ou avec d'autres, avait intérêt de l'acquitter. L'acquéreur, après le payement de son prix, est tenu comme tiers détenteur; s'il paye ce qui reste dû en sus de son prix, il peut invoquer la subrogation du n° 3, parce que, tenu pour le débiteur principal, il paye une dette qu'il avait intérêt d'acquitter pour conserver la propriété de son immeuble (2).

120. Nous passons à la jurisprudence de la cour de cassation. Citer des arrêts en masse, comme on le fait trop souvent, sert à peu de chose, pour mieux dire, on donne une fausse idée de la jurisprudence, parce que cela fait croire à l'unanimité là où règne presque nécessairement la plus grande diversité, les décisions dépendant, en grande partie, des circonstances de la cause. Il faut donc entrer dans les détails. La cour de cassation a-t-elle jamais décidé, par un arrêt de principe, que l'acquéreur qui paye son prix, et rien que son prix, aux créanciers inscrits sur l'immeuble acquis est subrogé à tous les droits de ces créanciers? Un premier arrêt rendu en 1833 accorde à l'acquéreur la subrogation pleine et entière; mais dans quelles circonstances? L'acquéreur, après avoir payé sans purger, fut contraint de payer un

(1) Paris, 20 décembre 1834 et 19 décembre 1835 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nos 1973, 1° et 2°.

créancier hypothécaire. Etait-ce le cas du n° 2 de l'article 1251? Non, certes, l'acquéreur ne pouvait même plus invoquer cet article pour obtenir la subrogation, car il avait payé le créancier, non avec son prix, mais avec ses deniers. Aussi la cour se garde-t-elle de citer le n° 2, elle appuie sa décision sur le n° 3; elle consacre, en ce sens, la distinction que nous avons proposée. De plus, l'acquéreur, dans l'espèce, s'était fait subroger conventionnellement, ce qui levait tout doute : on n'était plus dans le cas du n° 2 de l'article 1251 (1).

La chambre des requêtes a rendu une décision analogue en 1844. Dans l'espèce, l'acquéreur avait eu l'imprudence de payer le prix à son vendeur sans purger. Il restait soumis, comme tiers détenteur, aux poursuites des créanciers hypothécaires, il dut payer son prix une seconde fois. La cour de cassation décida qu'il était subrogé à tous les droits des créanciers, en vertu du n° 3 de l'article 1251. On a critiqué cette décision. En droit, elle nous paraît incontestable. Il ne pouvait plus s'agir du n° 2, il n'y avait plus de prix à payer; l'acquéreur l'avait payé, il restait tiers détenteur d'immeubles hypothéqués. C'est bien le cas prévu par l'article 1251, n° 3, donc il y avait subrogation complète (2).

Un arrêt de 1853 décide que l'acquéreur d'un droit réel immobilier est subrogé, en vertu de l'article 1252, aux droits du créancier contre la caution aussi bien que contre le débiteur principal (3). Cet arrêt est étranger à notre question; ce n'est que par induction que l'on pourrait en conclure que l'acquéreur est subrogé aux droits du créancier contre les tiers détenteurs. Mais dans une matière aussi subtile que la nôtre il faut se garder d'une argumentation pareille. En ce qui concerne la caution, la cour s'est crue liée par les termes absolus de l'article 1252 qui décide expressément que la subrogation établie par les *articles précédents*, donc aussi celle du n° 2 de l'art. 1251,

(1) Cassation, 15 janvier 1833 (Dalloz, au mot *Privilèges et Hypothèques*, n° 1973, 1°).

(2) Rejet, 15 avril 1844 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1938). Comparez Demolombe, t. XXVII, p. 500, n° 553.

(3) Cassation, 28 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 10, et 1856, 1, 355).

a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs, ce qui se comprend, quelle que soit la subrogation, puisque le cautionnement est inséparable de la dette principale.

Un arrêt récent de la chambre civile peut être invoqué à l'appui de notre opinion. Il s'agissait de savoir si l'acheteur qui a payé la portion de prix encore due d'une vente antérieure est subrogé à l'action résolutoire appartenant au précédent vendeur qu'il a désintéressé. S'il était vrai que l'acquéreur subrogé exerce tous les droits de ceux qu'il désintéresse en leur payant son prix d'acquisition, et si telle était la jurisprudence de la cour de cassation, elle aurait dû accorder l'action résolutoire à l'acquéreur subrogé, car il est de doctrine et de jurisprudence que le subrogé a l'action en résolution (n° 111). Eh bien, la cour a refusé l'action résolutoire au subrogé. La décision est d'autant plus remarquable qu'elle confirme un arrêt de la cour de Caen qui établit les principes tels que nous les avons exposés. L'acquéreur, dit la cour, qui emploie le prix de son acquisition à payer les créanciers auxquels l'immeuble par lui acquis était hypothéqué consolide la propriété sur sa tête. Tel est le motif de la subrogation que la loi établit en sa faveur. Il suit de là qu'il ne peut invoquer la subrogation que s'il est évincé. Voilà bien le principe de la subrogation restreinte limité à l'immeuble acquis, et ne transmettant à l'acquéreur que les droits des créanciers sur cet immeuble. Que fait la cour de cassation? Elle reproduit les termes de l'arrêt rendu par la cour de Caen (1). Nous ne prétendons pas que cette décision consacre en tout notre doctrine, mais elle se rapproche certes plus de notre opinion que de l'opinion contraire.

121. Telle est la jurisprudence : il n'y a pas un seul arrêt qui pose en principe que l'acquéreur est subrogé à tous les droits des créanciers auxquels il paye son prix d'acquisition. Ce principe, dit-on, est enseigné par tous les auteurs, à l'exception de Maleville et de Favard. Nous allons voir que, vue de près, la doctrine est loin d'être

(1) Rejet, chambre civile, 13 mai 1873 (Dalloz, 1873, 1, 417).

aussi unanime et aussi certaine qu'on le prétend. Deux auteurs ont discuté la question dans tous ses détails. Quelle est la conclusion de MM. Gauthier et Demolombe?

Gauthier, après avoir cité les arrêts que nous avons analysés, constate que ces décisions ont été rendues dans des espèces où les acquéreurs, se trouvant contraints de payer au delà de leur prix, étaient dans le cas prévu par le n° 3 de l'article 1251. Quant à la doctrine, Gauthier dit que les motifs qui ont engagé Toullier à changer d'opinion sont puisés dans cette même disposition; on peut donc dire que Toullier a seulement modifié sa première opinion : le n° 2 reste applicable à l'acquéreur qui paye son prix d'acquisition aux créanciers inscrits sur l'immeuble, et il n'est subrogé qu'à leurs droits sur cet immeuble. La subrogation du n° 3, plus étendue, appartient à l'acquéreur, comme tiers détenteur, quand il paye de ses deniers une dette hypothécaire dont il est tenu pour le débiteur. Gauthier ajoute que cette distinction se concilie avec les témoignages des jurisconsultes qui ont concouru à la rédaction du code, Bigot-Préameneu, Favard de Langlade et Maleville. Puis Gauthier transcrit l'arrêt de la cour de Paris qui consacre expressément la distinction. Gauthier conclut qu'il faut distinguer si l'acquéreur a payé son prix ou s'il a payé au delà de son prix; en d'autres termes, si le payement qu'il a fait lui donne un recours contre son vendeur, ou si, en payant au créancier du vendeur, il n'a fait que payer ce qu'il devait à celui-ci. Dans le premier cas, il obtiendra la subrogation non-seulement sur les biens acquis, mais même sur les autres biens hypothéqués. Dans le second cas, la subrogation n'aura d'autre effet que de faire tourner à sa libération le payement qu'il aura effectué; la créance est éteinte avec les priviléges et hypothèques qui y étaient attachés, sauf la subrogation qui résulte du n° 2. Voilà bien notre doctrine (1).

M. Demolombe commence aussi par exposer l'opinion qui accorde à l'acquéreur *tous* les droits résultant de la

(1) Gauthier, *De la subrogation*, p. 313-315, n°s 272-275.

subrogation. On pourrait croire à une opposition complète ; l'auteur écrit carrément : « A notre avis, l'acquéreur est subrogé aux hypothèques qui appartenaient au créancier payé sur d'autres immeubles que celui qu'il a acquis, soit que ces immeubles se trouvent encore dans les mains du débiteur, soit qu'ayant été aliénés ils se trouvent dans les mains d'un tiers détenteur. » Demolombe ajoute cette dernière explication pour repousser une distinction que fait M. Colmet de Santerre (1). Ainsi un de nos meilleurs auteurs distingue, malgré les termes généraux de l'article 1251 ; et cette distinction aboutit à refuser à l'acquéreur la subrogation contre les tiers détenteurs, ce qui se rapproche singulièrement de notre opinion. Demolombe ne veut pas de cette distinction. Est-ce à dire qu'il maintienne son opinion dans les termes absolus que nous venons de transcrire? Il convient que cette doctrine soulève de graves objections, il les expose vivement à sa manière. Et la conclusion? Faut-il confesser que la subrogation de l'acquéreur est limitée aux hypothèques qui grèvent l'immeuble acquis par lui? Non pas, s'écrie l'auteur. Il ajoute qu'il faut pourtant faire une part aux objections qu'il vient de développer; il convient que ces objections peuvent s'élever à une telle force, qu'elles deviennent irrésistibles. Nous voilà sur le chemin des restrictions et des distinctions. Dire qu'il faut faire une part aux objections, c'est bien dire qu'elles sont fondées ; avouer qu'elles sont parfois irrésistibles, c'est convenir que la doctrine contre laquelle elles s'élèvent n'est pas absolument vraie, qu'il faut la restreindre en distinguant. Il était plus simple, nous semble-t-il, de commencer par là ; et puisque la généralité de la loi n'empêche pas de distinguer, pourquoi ne pas se rallier à la distinction qui résulte de la tradition combinée avec l'article 1251, n° 3? Toute autre doctrine est arbitraire, parce qu'elle n'a aucune base dans les textes et les principes.

Demolombe distingue si l'acquéreur risque d'être évincé ou non; nous trouverons cette distinction au titre de la

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 378, n° 195 *bis* III.

Vente, elle est étrangère à notre matière; il ne s'agit pas pour le moment des garanties que la loi accorde à l'acquéreur qui est menacé d'éviction; la loi ne prévoit qu'un seul danger que court l'acquéreur, celui d'une poursuite hypothécaire que peuvent intenter les créanciers inscrits et non payés. Le moyen que la loi accorde à l'acquéreur pour se mettre à l'abri de ce danger est tout spécial, comme le danger lui-même. Pourquoi donner à la subrogation une extension que l'esprit de la loi ne comporte pas? M. Demolombe, continuant à examiner les graves conséquences qui résultent de sa doctrine, arrive à distinguer, comme nous l'avons fait, entre le cas où l'acquéreur paye son prix d'acquisition et celui où il paye les créanciers de ses deniers. C'est la distinction entre le n° 2 et le n° 3. Si cette distinction doit être admise, elle détruit dans sa base l'opinion que nous combattons et que M. Demolombe soutient, car elle se fonde précisément sur le n° 3, dont le n° 2 n'est qu'une application. M. Demolombe finit par se prononcer contre l'acquéreur dans une hypothèse donnée (1). Nous ne pouvons pas entrer dans la discussion des espèces, alors que la discussion des principes nous entraîne déjà si loin. Nous concluons que la doctrine que l'on nous oppose est incertaine et inconséquente, tout en introduisant dans la loi des distinctions qui ne s'y trouvent point. Si nous distinguons, c'est en vertu de la tradition et en vertu du texte de l'article 1251.

122. La subrogation légale établie par les n°s 3 et 4 de l'article 1251 est-elle soumise à la règle générale? L'affirmative n'est pas douteuse quant à la subrogation que la loi accorde à l'héritier bénéficiaire. Quant à la subrogation du n° 3, la loi elle-même fait des exceptions au principe qui régit les effets de la subrogation; nous avons déjà expliqué l'exception qui concerne l'héritier (art. 875) (2) et celle que l'article 1214 fait pour les codébiteurs solidaires (3). L'article 2033 consacre une exception analogue

(1) Demolombe, t. XXVII, p. 492 et suiv., n°s 550-554.
(2) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 92, n°s 80-82.
(3) Voyez le tome XVII de mes *Principes*, p. 358, n° 357.

lorsqu'il y a plusieurs cautions d'une même dette; nous y reviendrons au titre du *Cautionnement*.

III. *Effet de la subrogation à l'égard des cautions et des tiers détenteurs tenus hypothécairement de la dette cautionnée.*

123. La dette est garantie par un cautionnement et par une hypothèque. Si la caution la paye, elle est subrogée à tous les droits du créancier en vertu de l'art. 1251, n° 3; donc elle sera subrogée contre le tiers détenteur. Si le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à la dette la paye, il est également subrogé par le même article aux droits du créancier; donc il sera subrogé contre la caution. Mais la caution et le tiers détenteur peuvent-ils être subrogés l'un contre l'autre? Si l'on s'en tenait à l'article 1251, il faudrait répondre affirmativement et décider que la caution qui paye la dette aura son recours contre le tiers détenteur; dans ce cas, le fardeau de la dette retomberait tout entier sur celui-ci, en ce sens qu'il n'aurait de recours que contre le débiteur qui le plus souvent sera insolvable, puisque le créancier, au lieu d'agir contre lui, s'est adressé à la caution, et que celle-ci a payé alors qu'elle pouvait demander la discussion des biens du débiteur. Dira-t-on que le tiers détenteur peut agir contre la caution? Alors il y aura un conflit de recours, d'où l'on ne pourrait sortir qu'en répartissant la dette entre la caution et le tiers détenteur, ce qui aboutirait à cette conséquence que l'on ne donnerait de recours à la caution qui a payé que déduction faite de la part qu'elle doit supporter dans la dette. La même difficulté se présente dans le cas où c'est le tiers détenteur qui paye la dette et qui exerce son recours contre la caution.

Le code ne décide pas formellement la question. Controversée dans l'ancien droit, elle l'est encore en droit moderne. Nous croyons qu'elle est tranchée par l'article 2037, lequel est ainsi conçu : « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. » Il résulte

de cette disposition que la loi veut assurer à la caution les effets de la subrogation lorsque la créance est garantie par une hypothèque; or, quels sont les effets de la subrogation en ce qui concerne les hypothèques? Le créancier hypothécaire a un droit de préférence, et il exerce ce droit contre le tiers détenteur en vertu de son droit de suite. Donc la caution subrogée a une action récursoire contre le détenteur de l'immeuble hypothéqué, soit débiteur, soit tiers acquéreur; ce recours est considéré par la loi comme la condition de son cautionnement, en ce sens que la caution, en s'obligeant, a dû compter sur les garanties hypothécaires attachées à la créance qu'elle cautionne; de là la conséquence consacrée par l'article 2037 : le créancier ne peut pas la priver de ce recours hypothécaire. C'est dire que le créancier ne peut pas renoncer à l'hypothèque ni à l'inscription hypothécaire au préjudice de la caution. C'est dire encore que la caution ne perd pas son recours lorsque le débiteur aliène l'immeuble hypothéqué; le recours hypothécaire reste toujours la condition sous laquelle la caution s'est obligée; et si le créancier, par son fait, ne peut la priver de ce recours, à plus forte raison le débiteur ne le peut-il pas en aliénant l'immeuble hypothéqué. Notre conclusion est que la caution doit toujours avoir son recours contre le tiers détenteur de l'immeuble, donc c'est sur celui-ci que retombe le fardeau de la dette. En d'autres termes, le tiers détenteur ne peut jamais faire valoir la subrogation contre la caution; dans le conflit entre le tiers détenteur et la caution, la loi donne la préférence à la caution.

L'article 2037, ainsi interprété, consacre une exception aux effets de la subrogation : le tiers détenteur n'est point subrogé contre la caution. Cette préférence est-elle fondée sur un principe de droit? Nous croyons que la préférence que la loi accorde à la caution sur le tiers détenteur se justifie par la position de la caution. C'est le débiteur qui a consenti l'hypothèque, c'est donc lui qui est tenu personnellement et hypothécairement de la dette; la caution ne s'oblige que si cette obligation personnelle et réelle se trouve insuffisante. Tant que le débiteur possède

l'immeuble hypothéqué, cela n'est pas douteux, puisque l'action hypothécaire n'est, en ce cas, que l'accessoire de l'action personnelle. Quand le débiteur aliène, peut-il, par cette aliénation, modifier, altérer les droits de la caution? Non, certes. Reste à voir si le droit du tiers acquéreur ne doit pas contre-balancer le droit de la caution. Il achète un immeuble hypothéqué; la loi lui donne un moyen de s'affranchir de l'hypothèque, c'est la purge. S'il ne purge pas, il sait qu'il sera soumis à l'action du créancier ou à l'action subrogatoire de la caution. La publicité des hypothèques et des actes translatifs de propriété donne à l'acquéreur une connaissance complète de sa situation; détenteur d'un immeuble hypothéqué, il sait qu'il peut être évincé s'il ne purge pas; c'est donc par son propre fait qu'il reste soumis à l'action hypothécaire du créancier ou de la caution subrogée, il doit subir les conséquences de son fait. Ainsi la loi ne sacrifie pas le tiers détenteur à la caution, elle maintient à celle-ci ses droits. Il y aurait injustice à enlever à la caution le recours que la loi lui donne, parce que le tiers détenteur a négligé de se mettre à l'abri de ce recours (1).

A l'appui de l'interprétation que nous donnons à l'article 2037, nous invoquerons l'autorité de Pothier. Il est vrai que ce grand jurisconsulte a enseigné le pour et le contre sur la question que nous discutons. Dans son *Introduction à la Coutume d'Orléans* (titre XX, n° 37), il dit que le tiers détenteur peut renvoyer le créancier à la discussion préalable des biens de la caution. Dans son *Traité sur les Obligations* (n° 557), il donne à la caution la préférence sur le tiers détenteur, et c'est là la source de l'article 2037; ce n'est qu'en passant et sans discuter la question que Pothier décide le contraire dans son Commentaire sur la coutume d'Orléans; tandis qu'il discute longuement la question, dans son Traité des obligations, en équité et en droit, selon son habitude. Toutefois cette variation, ou cette contradiction chez un auteur aussi exact,

(1) Gauthier, p. 485, n°s 445 et 446. Demolombe, t. XXVII, p. 589, n° 631. Colmet de Santerre, t. V, p. 383, n° 197 *bis* X.

prouve combien la question est difficile; le législateur aurait dû la trancher, au lieu de perpétuer la controverse par son silence.

124. Les objections contre l'opinion générale que nous avons adoptée ne manquent point, et on les puise dans les textes mêmes du code. Aux termes de l'article 2021, la caution jouit du bénéfice de discussion, elle ne doit payer qu'à défaut du débiteur, lequel doit être préalablement discuté dans ses biens. Quels sont les biens qui doivent être discutés? La caution doit les indiquer et, d'après l'article 2023, elle ne peut pas indiquer des biens hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur. Cela paraît trancher la question. En réalité, l'objection est insignifiante. L'article 2023 concerne uniquement le bénéfice de discussion, la loi ne veut pas que l'action du créancier contre la caution soit entravée par une discussion difficile; voilà pourquoi elle exige que les biens soient situés dans l'arrondissement de la cour d'appel où le payement doit se faire, et elle ne veut pas que la caution indique des biens litigieux, ni des biens possédés par des tiers détenteurs; cela ne regarde que les rapports du créancier et de la caution; cela est étranger aux droits de la caution quand elle a payé et qu'elle est subrogée au créancier. En effet, le créancier a le droit incontestable d'agir contre le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à sa créance; donc la caution qui lui est subrogée a le même droit.

125. On puise encore dans l'article 2170 une objection qui ne nous paraît pas plus sérieuse. Cet article donne aussi le bénéfice de discussion au tiers détenteur. Notre loi hypothécaire n'a pas maintenu ce bénéfice; mais la question doit être examinée et décidée au point de vue du code civil, puisqu'il s'agit d'interpréter le code. L'article 2170 porte que le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des *principaux obligés*, et en requérir la discussion préalable. Que faut-il entendre par *principaux*

obligés? Troplong prétend que cette expression comprend les cautions, ce qui trancherait, au profit des tiers détenteurs, la difficulté que nous examinons. « Le fidéjusseur, dit-il, est, par rapport au tiers détenteur, un obligé principal, parce que le lien personnel, qui est le lien principal, l'enchaîne invinciblement, tandis que le tiers détenteur, n'étant pas obligé personnel, n'est jamais tenu qu'à titre d'accessoire. » Nous avons reproché parfois aux auteurs modernes de faire un nouveau code civil. Troplong crée un nouveau langage en même temps qu'il enseigne un nouveau droit. A l'entendre, la caution serait un *principal obligé*, c'est-à-dire un *débiteur principal*, tandis que le tiers détenteur serait un obligé *accessoire*. On a répondu à Troplong en l'accablant de textes. Quoi! la caution est un *débiteur principal*, alors que l'article 2023 dit que la caution qui requiert la discussion doit indiquer les biens du *débiteur principal*; alors que l'article 2039 dispose que la simple prorogation de terme accordée au *débiteur principal* ne décharge pas la *caution*. Quoi! la caution n'est pas un obligé *accessoire*, parce qu'elle est obligée personnellement, comme si l'on ne pouvait pas s'obliger accessoirement tout en étant personnellement tenu. Il n'y a pas un article du titre du *Cautionnement* qui ne prouve que le cautionnement est une obligation accessoire à la dette principale. La définition même du cautionnement, qui ouvre le titre, dit que la caution s'oblige si le débiteur ne satisfait pas à son obligation, donc elle s'oblige accessoirement (art. 2011); voilà pourquoi l'article 2012 décide que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable; puis vient l'article 2013 qui dispose que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur. Nous nous arrêtons, parce que nous devrions transcrire le titre du cautionnement pour prouver une chose tellement élémentaire, qu'on a honte de la rappeler à un premier président de la cour de cassation. Troplong aime l'histoire et l'érudition; il va chercher ses témoignages dans les interprètes du droit romain. Huberus place la caution parmi les obligés principaux lorsqu'ils se trouvent en présence du tiers détenteur. Si, au lieu de consulter

Huberus, Troplong avait ouvert Pothier, il y aurait lu, ce que l'on apprend aux élèves, que l'obligation des fidéjusseurs est une obligation *accessoire* à celle du débiteur *principal*; et est-ce qu'un débiteur accessoire peut jamais devenir un débiteur principal (1)?

Troplong insiste et dit que la caution est tenue personnellement, tandis que le tiers détenteur n'est tenu qu'hypothécairement, et que les obligés personnels sont liés plus étroitement que ceux qui ne sont tenus qu'à raison de la chose qu'ils détiennent. Cela est élémentaire, mais qu'est-ce que cela prouve? Troplong est à côté de la question; il s'agit de savoir si un bien que le débiteur avait hypothéqué à la dette, bien sur lequel la caution comptait pour sa garantie, cesse d'être une garantie pour la caution parce que le débiteur l'aliène. Qu'importe que la caution soit tenue personnellement? Elle n'est aussi tenue qu'accessoirement; il est juste que les biens hypothéqués par le débiteur répondent de la dette avant que l'on attaque la caution; et si la caution doit payer, il est juste qu'elle ait son recours contre le tiers détenteur des biens que le débiteur avait affectés à la garantie de la créance. C'est l'opinion générale : la doctrine de Troplong n'a pas trouvé de partisans (2).

126. Faut-il appliquer les mêmes principes au cas où l'hypothèque a été consentie par un tiers sur son immeuble? L'opinion générale assimile, dans ce cas, le tiers détenteur à une caution; il est vrai qu'il n'est pas obligé personnellement, il ne s'est obligé qu'hypothécairement. Toujours est-il que sa situation est analogue à celle d'un fidéjusseur, c'est une caution réelle. Il faut donc appliquer l'article 2033 qui porte : « Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion. »

(1) Gauthier réfute péremptoirement tout ce que dit Troplong, p. 490, n° 452.

(2) Mourlon, p. 84 et suiv. Aubry et Rau, t. IV, p. 188, notes 84 et 85, § 321. Comparez Troplong, *des Hypothèques*, t. III, n° 796; *du Cautionnement*, n° 427.

Le principe même est très-contestable, du moins au point de vue des textes. Or, il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit de déroger à la règle générale qui régit l'effet de la subrogation. Peut-on y apporter une exception sans un texte qui l'autorise? Nous avons admis une exception dans le cas prévu par le n° 2 de l'article 1251, mais c'est en prenant appui sur la tradition et sur les principes généraux de droit. Dans l'espèce, la tradition fait défaut. La difficulté consiste à savoir si l'on peut appliquer l'article 2033 à celui qui a hypothéqué son immeuble pour la dette d'un tiers. On dit que c'est une caution réelle; c'est la doctrine qui lui donne ce nom, la loi ne connaît qu'une caution, celle qui s'oblige personnellement; c'est de ces fidéjusseurs que parle l'article 2033. Le tiers détenteur n'y est donc pas compris. Reste à savoir si l'article 2033 peut être étendu au tiers détenteur par voie d'analogie. En matière exceptionnelle, l'argumentation analogique n'est pas admise, parce qu'elle aboutirait à faire la loi. En veut-on la preuve dans la question même que nous discutons? D'après l'article 2033, la dette devrait se diviser entre la caution personnelle et le tiers détenteur, caution réelle, à raison de *leur part et portion*, c'est-à-dire par part virile, donc par moitié. Les auteurs n'admettent pas cette interprétation. La caution, disent-ils, s'est obligée pour toute la dette, tandis que le tiers détenteur n'est tenu que jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble. Soit; il faut donc établir une proportion entre ces deux cautions inégalement tenues. Une dette de 25,000 francs est cautionnée par Pierre et garantie hypothécairement par Paul sur un immeuble qui vaut 12,500 fr. La proportion sera de 2 à 1, de sorte que la caution supportera les deux tiers de la dette et le tiers détenteur un tiers. Ainsi les auteurs s'écartent de l'article 2033 quand il s'agit de fixer la part contributoire de la caution personnelle et de la caution réelle, et cependant l'article 2033 est le seul texte sur lequel on puisse se fonder pour déroger au principe de la subrogation (1).

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 385, n° 197 *bis* XI. Demolombe, t. XXV p. 593, n° 654.

Avouons-le, il y a une lacune dans la loi. La solution que nous combattons est très-juridique, mais elle est à l'adresse du législateur, à qui nous la recommandons; l'interprète ne peut l'accepter. Mais que fera le juge? Il devra maintenir ou le principe général de la subrogation, en subrogeant pour le tout celle des deux cautions qui aura payé la dette, de sorte que l'autre en sera seule tenue; ou il devra donner la préférence à la caution en vertu de l'article 2037, en la subrogeant contre l'acquéreur, tandis que le tiers détenteur ne serait pas subrogé contre la caution. Ce dernier système n'est guère admissible, puisque les motifs qui justifient la préférence donnée à la caution sur le tiers détenteur n'existent pas quand ce tiers détenteur est une caution réelle. Il faudra donc s'en tenir au principe de la subrogation qui, appliqué à l'espèce, est également injuste, car il n'y a aucune raison pour décharger celle des cautions qui paye la première aux dépens de l'autre.

Il y a encore le système de Troplong qui se prononce en faveur du tiers détenteur contre la caution. Nous croyons inutile de le discuter. Mourlon l'a réfuté de manière à lui enlever tout crédit, en supposant qu'il en ait jamais eu (1).

IV. *Effet de la subrogation entre les tiers détenteurs.*

127. Le débiteur constitue hypothèque sur plusieurs immeubles : il les vend à divers acquéreurs. L'un des tiers détenteurs, poursuivi hypothécairement, paye toute la dette. Sera-t-il subrogé? Oui, cela n'est pas douteux, l'article 1251, n° 3, le dit. Quels seront les effets de cette subrogation? En théorie, la question n'est pas douteuse; nous y avons répondu d'avance en enseignant, et c'est l'opinion générale, que le subrogé peut agir contre les tiers détenteurs des immeubles hypothéqués à la dette. Reste à savoir si un tiers détenteur peut exercer ce droit

(1) Troplong, *Du cautionnement*, n° 427. Mourlon, *De la subrogation*, p. 426 433; Aubry et Rau, t. IV, p. 189, note 86, § 321.



contre un autre tiers détenteur? La question est très-controversée et très-douteuse; nous commencerons par exposer l'opinion consacrée par la jurisprudence et admise par la plupart des auteurs.

Les deux tiers détenteurs, dit la cour de Paris, doivent être assimilés à des cautions solidaires, dont l'une aurait été contrainte de payer la totalité de la dette; dès lors ils doivent y contribuer chacun en proportion du prix de son acquisition. De là suit que celui qui a payé toute la dette, sur la poursuite du créancier hypothécaire, ne peut réclamer, contre l'autre débiteur, en vertu de la subrogation, que la part divisée que celui-ci y doit supporter (1). Cette opinion a pour elle une grande autorité, celle de Pothier; il décide que le tiers détenteur n'a qu'un recours divisé contre les autres détenteurs d'héritages hypothéqués à la dette qu'il a payée. Il ne peut, dit-il, agir contre eux pour le tout, car il se ferait un circuit d'actions; le détenteur qui payerait toute la dette au détenteur subrogé serait à son tour subrogé aux droits et aux actions du créancier et, par suite, il pourrait réclamer comme subrogé ce qu'il a payé au détenteur subrogé comme lui. Il n'y a qu'un moyen d'éviter ce circuit vicieux, c'est de diviser le recours. Le code a-t-il admis cette opinion qui était loin d'être générale? La question était controversée dans l'ancien droit et l'est encore (2).

De texte formel il n'y en a pas; mais on ne peut pas nier que tel soit l'esprit du code. Quand plusieurs personnes sont obligées solidairement à une même dette et que l'un des débiteurs doit payer toute la dette, il est subrogé aux droits du créancier. Quel est l'effet de cette subrogation? Le subrogé a-t-il un recours pour le tout? Non, il ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux (art. 1214). Quand un héritier, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part d'une

(1) Paris, 19 décembre 1835 (Dalloz, au mot *Hypothèques*, n° 1973, 2°). Toulouse, 19 février 1827; Douai, 27 mai 1840; Angers, 10 mars 1841 (Dalloz, *ibid.*, n° 1980).
(2) Voyez les diverses opinions soutenues dans l'ancien droit, dans Demolombe, t. XXVII, p. 598, n° 697.

dette héréditaire, il est subrogé aux droits du créancier contre ses cohéritiers. Peut-il exercer ce recours pour le tout, déduction faite de sa part? Non, il n'a de recours que pour la part que chacun des autres successeurs doit personnellement en supporter; la loi ajoute qu'il en serait ainsi même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers; preuve que, dans l'esprit de la loi, le recours en vertu de la subrogation doit toujours se diviser lorsque celui qui l'exerce est tenu de la dette au même titre que ceux contre lesquels il agit. L'article 2033 applique le même principe aux cofidéjusseurs. Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion. Cette dernière disposition paraît décisive en ce qui concerne les divers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette; ils sont aussi cautions, sinon personnelles, du moins réelles, donc on doit leur appliquer le principe du recours divisé (1).

128. L'argumentation serait péremptoire si l'on pouvait décider la question par voie d'analogie. Mais il ne faut pas oublier quel est l'objet du débat. Il s'agit de savoir si le principe général qui régit les effets de la subrogation reçoit exception dans le cas où il y a plusieurs tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette; or, les exceptions ne s'étendent pas par voie d'analogie, surtout dans une matière qui est essentiellement de droit étroit, telle que la subrogation. Encore peut-on contester les raisons que l'on donne à l'appui de l'opinion générale. Le circuit d'actions, invoqué par Pothier, n'existe réellement pas ; quand le détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette a payé, la dette est éteinte à son égard, il est impossible qu'il soit encore assujetti à une action

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 188, note 83, § 321, et la plupart des auteurs. Mourlon, Troplong, Larombière, Colmet de Santerre. Demolombe a un autre système; il donne un recours pour le tout au tiers détenteur qui a payé, déduction faite de la valeur de l'immeuble qu'il détient (t. XXVII, p. 600, n° 658) : c'est un amendement législatif.



récursoire, puisqu'à son égard il n'y a plus de dette. Si l'on admet que, malgré le payement, la créance subsiste, elle ne peut du moins subsister que déduction faite de la part que le tiers détenteur y doit supporter; ce qui conduirait à une division du recours. Quant au principe que l'on déduit des articles 1213, 875 et 2033, est-ce un principe général, en ce sens que la loi l'applique aux divers cas qu'elle prévoit, et que l'interprète puisse aussi appliquer aux cas qu'elle ne prévoit pas? Non, il s'agit d'autant d'exceptions à la règle; ces exceptions se comprennent quand il y a plusieurs personnes obligées à la même dette, tels que les codébiteurs solidaires, les cohéritiers, les cofidéjusseurs. Mais il n'y a pas, légalement parlant, des codétenteurs, car il n'y a aucun lien entre ceux qui sont tenus de la même dette à raison des immeubles qu'ils détiennent; il eût donc fallu une nouvelle exception pour étendre à ceux qui ne sont pas codébiteurs de la dette ce que la loi dit des codébiteurs. Dans le silence de la loi, on reste sous l'empire de la règle; et que dit la règle? Le subrogé a les mêmes droits que le créancier qu'il désintéresse; donc le tiers détenteur qui a payé toute la dette a contre les autres détenteurs les mêmes droits qu'aurait eus le créancier, c'est-à-dire qu'il peut les poursuivre pour le tout, de sorte que le fardeau de la dette sera supporté en entier par celui des tiers détenteurs qui sera actionné le dernier (1).

C'est la conséquence à laquelle arrive Gauthier dont nous venons de résumer les objections. Nous avouons que le résultat ne nous satisfait point. Il est bien vrai qu'au tiers détenteur qui se plaint de l'iniquité de cette décision on peut répondre qu'il ne tenait qu'à lui de remplir les formalités de la purge, ce qui l'aurait mis à l'abri de toute poursuite hypothécaire; mais ne pourrait-il pas objecter que le tiers détenteur qui agit contre lui avait aussi négligé de payer, et quand la condition de tous les tiers détenteurs est la même, leur charge ne devrait-elle pas être identique? L'équité, qui est le fondement de la subroga-

(1) Gauthier, *De la subrogation*, p. 507-514, nos 469-474.

tion légale, réclame contre une doctrine qui blesse l'égalité, et l'égalité devrait régner entre les détenteurs, comme elle règne entre les codébiteurs. A notre avis, la décision de Gauthier, quoique juridique, constate une lacune dans la loi ; nous la signalons au législateur.

129. Reste à savoir comment le recours se divise, si on l'admet. Pothier décidait que chacun des détenteurs est tenu en proportion de la valeur de l'héritage qu'il détient. Ce principe est aussi admis par les auteurs modernes; toutefois les auteurs les plus récents y ont apporté une modification proposée par M. Valette. On maintient le principe de la valeur proportionnelle des immeubles quand chaque immeuble est d'une valeur égale ou inférieur au chiffre de la dette. Mais s'il y a un immeuble d'une valeur supérieure au montant de la dette, on ne peut pas le comprendre dans la répartition pour sa valeur intégrale, car le détenteur n'est pas intéressé au payement de la dette pour toute la valeur de son immeuble; on doit donc le compter, dans le calcul de répartition, comme si son immeuble avait une valeur égale au chiffre de la dette (1). Cela est équitable, mais est-ce à l'interprète de faire des distinctions qui n'ont aucune base dans la loi? La nécessité de distinguer prouve que l'on se trouve en dehors de la loi.

V. *Le subrogé peut-il céder ses droits?*

130. La subrogation est une cession fictive, le subrogé est donc considéré comme un cessionnaire. Il suit de là que le subrogé peut céder ses droits aussi bien qu'un cessionnaire peut céder les siens. La jurisprudence est en ce sens (2). Cela n'est pas douteux quand il s'agit de la subrogation conventionnelle. En est-il de même de la subrogation légale? L'affirmative a été jugée pour ce qui concerne les droits de ceux qui, étant tenus avec d'autres ou pour

(1) Mourlon, p. 65 et suiv. (d'après Valette). Colmet de Santerre, t. V, p. 382, n° 197 *bis* VIII.
(2) Paris, 3 prairial an x (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1983).

d'autres, payent parce qu'ils ont intérêt à payer (1); c'est la subrogation qui se rapproche le plus de l'obligation conventionnelle. A notre avis, il faut généraliser le principe et décider que tout droit naissant de la subrogation peut être transmis par voie de cession. Tel est le droit commun, et la loi n'y déroge pas.

N° 2. EFFET DE LA SUBROGATION A L'ÉGARD DU CRÉANCIER.

131. L'article 1252 pose le principe que la subrogation ne peut nuire au créancier. Nous avons dit plus haut (n[os] 15 et 11) que ce principe découle de la nature même de la subrogation : c'est un payement, et le payement ne peut certes pas nuire au créancier. Quant à la fiction qui accompagne le payement, celle d'une cession, elle n'a été imaginée que dans l'intérêt du subrogé, elle est étrangère au créancier, donc on ne peut la tourner contre lui.

L'article 1252 applique le principe au cas où le créancier ne reçoit qu'un payement partiel : « En ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel. » Cette préférence a été vivement critiquée. Larombière dit que la disposition de l'article 1252, quoique fondée sur une antique tradition, lui paraît injuste et irréfléchie; selon lui, elle tient à cette idée éminemment fausse que le subrogé n'est, à l'égard du subrogeant, qu'un gérant d'affaires, n'ayant de recours qu'à ce titre. Cela n'est pas exact. Peu importe au subrogeant en quelle qualité le subrogé agit, il reçoit ce qui lui est dû, que le subrogé soit mandataire ou gérant d'affaires, et alors même qu'il n'y aurait ni gestion d'affaires ni mandat; cela ne regarde que les rapports du subrogé avec le débiteur. Le créancier qui reçoit un payement partiel reste créancier, et exerce tous les droits attachés à sa créance : voilà tout ce que dit l'article 1252. On objecte que le créancier et le subrogé ont des droits identiques, fractionnés, d'une

(1) Bourges, 31 janvier 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1975).

seule et même créance : en divisant sa créance, dit-on, le créancier admet le concours de celui qu'il subroge, parce que les droits qu'il transfère sont identiques à ceux qu'il garde (1). Ce raisonnement est une nouvelle méprise, il confond la subrogation avec la cession. Non, le créancier ne transfère pas des droits identiques à ceux qu'il garde, par la raison très-simple qu'il ne cède rien. Si la loi feint qu'il cède, cette fiction lui est étrangère; à son égard, il n'y a rien de fictif, il reçoit le payement réel de ce qui lui est dû. Puisque la cession n'est que fictive, il faut voir dans quel but et à l'égard de qui la fiction a été introduite. Elle concerne uniquement les rapports du subrogé et du débiteur; le créancier peut donc, à bon droit, repousser une fiction qui lui est complétement étrangère. Etendre la fiction aux rapports du subrogé avec le subrogeant, c'est créer une fiction nouvelle, et ce droit n'appartient qu'au législateur.

Nous ne répondons pas aux autres objections que l'on a adressées à l'article 1252 (2); on y a répondu et le débat est vidé.

132. L'article 1252 s'applique-t-il à la cession? Nous avons déjà décidé la question négativement (n° 5). Il nous faut ici répondre un mot à Troplong qui professe une opinion différente. Tous les auteurs enseignent que le cessionnaire et le cédant, ayant un droit identique, doivent venir par contribution, si le prix de l'immeuble hypothéqué à la créance ne suffit point pour l'acquitter tout entière. Troplong va plus loin; il donne au cessionnaire la priorité sur le cédant. Et le motif? Il est plus singulier encore que la décision : c'est que le cédant doit, comme vendeur, faire jouir son cessionnaire de la portion de créance qu'il lui a vendue; or, cette obligation de garantie emporte celle de lui céder son droit de préférence. Ainsi le veulent les principes, dit Troplong. On a eu raison de répondre que les principes sont purement

(1) Larombière, t. III, p. 400, n° 25 de l'article 1252 (Ed. B., t. II, p. 270). Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 387, n° 197 *bis* XIV.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 191, note 89, § 321. Comparez Demolombe t. XXVII, p. 606, nos 662, 663.

imaginaires, donc faux. Qu'on nous montre l'article du code qui impose au cédant l'obligation de faire jouir le cessionnaire de la portion de créance qu'il lui cède! L'article 1693 dit que le cédant doit garantir l'existence de la créance qu'il cède; là s'arrête son obligation. S'il devait faire jouir le cessionnaire, la loi l'aurait rendu responsable de l'insolvabilité du débiteur; or, il ne répond pas même de l'insolvabilité qui existerait lors de la cession (art. 1694, 1695). Nous croyons inutile de continuer ce débat; on peut lire dans Mourlon la réfutation détaillée des erreurs de Troplong; nous n'aimons pas à nous servir de ce mot d'*erreurs*, mais ici il est à sa place (1).

133. L'article 1252 s'applique-t-il à la subrogation légale? Le texte répond à la question. Il y est dit d'abord que *la subrogation établie par les articles précédents* a lieu contre les cautions; puis la loi ajoute : *elle* ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie. C'est donc la subrogation établie *par les articles précédents*, c'est-à-dire la subrogation soit conventionnelle, soit légale, qui ne peut nuire au créancier. Il n'y avait pas lieu de distinguer : la subrogation est toujours la même, qu'elle soit légale ou conventionnelle. Il y a même une raison de plus pour que la subrogation qui n'est pas consentie par le créancier ne lui nuise point. La subrogation faite par le débiteur (art. 1250, n° 2), et la subrogation accordée par la loi ont lieu malgré le créancier; il est donc aussi équitable que juridique que l'on ne puisse pas se prévaloir de ces subrogations contre le créancier, alors que celle-là même qu'il consent ne peut pas lui nuire. La jurisprudence est en ce sens (2).

134. Les parties contractantes peuvent-elles déroger à l'article 1252? Oui, et sans doute aucun. Le principe et la préférence qui en résulte ne concernent que l'intérêt du créancier, il y peut donc renoncer; et il y renonce régulièrement parce que le subrogé l'exige, et c'est lui qui

(1) Troplong, *Hypothèques*, n° 367. Mourlon, *Subrogation*, p. 21-26.
(2) Toulouse, 29 février 1844 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1992). Colmar, 3 janvier 1825 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 2386). Duranton, t. XII, p. 304, n° 184.

dicte la loi du contrat. Vainement la loi dit-elle que celui qui paye la dette d'un tiers ne peut pas exiger la subrogation ; sans doute quand la subrogation doit être consentie par le créancier, il peut refuser. Mais si le créancier reçoit un payement partiel, quoiqu'il ait aussi le droit de le refuser, il faut croire qu'il a intérêt à le recevoir, et ce même intérêt l'engagera à abandonner au subrogé son droit de préférence ; dans ce cas, c'est le subrogé qui fait la loi, et le subrogeant la subit (1).

135. L'article 1252 est-il applicable quand la créance est chirographaire? Non, sur ce point tout le monde est d'accord. La loi ne prévoit pas la difficulté, mais les principes ne laissent aucun doute. Quand la créance est chirographaire, le tiers qui la paye n'agit pas contre le débiteur en vertu de l'action subrogatoire, il agit comme mandataire ou gérant d'affaires ; c'est dire qu'il exerce une créance tout à fait indépendante de celle qui reste au créancier, quand celui-ci ne reçoit qu'un payement partiel. Dès lors le subrogeant et le subrogé ont des titres égaux et, par suite, l'un ne doit pas primer l'autre. Vainement le créancier dirait-il que le concours du subrogé à la distribution lui nuit, puisqu'il recevra d'autant moins ; le tiers lui répondrait qu'il était libre de ne pas accepter un payement partiel, que s'il l'a accepté, il doit aussi en subir les conséquences. Du reste, le payement partiel, malgré les droits qui en résultent pour celui qui a fait le payement, est loin de nuire au créancier ; car s'il n'avait pas reçu ce payement divisé, il devrait venir à la contribution pour toute sa créance ; il est bien juste que le tiers qui lui a payé une partie de la créance vienne à la distribution pour la partie de la dette qu'il a acquittée. Si la subrogation ne doit pas nuire au créancier, on ne doit pas non plus la faire tourner au préjudice du subrogé (2).

Que faut-il décider si la dette est garantie par un cautionnement? On pourrait croire que, dans ce cas, le subrogeant doit être préféré au subrogé, puisqu'il s'agit d'une

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 386, n° 197 *bis* XIII.
(2) Duranton, t. XII, p. 305, n° 186. Colmet de Santerre, t. V, p. 385, n° 197 *bis* XVII. Aubry et Rau, t. IV, p. 191, note 91, § 321.

garantie attachée à la créance, et le subrogeant n'est pas censé céder des garanties contre lui-même. A cela on répond qu'il y a un autre motif de décider. Celui qui paye la dette du débiteur principal, paye en même temps la dette de la caution, il a donc contre la caution le même recours que contre le débiteur; il l'a, non en vertu de la subrogation, mais en vertu du payement. C'est dire qu'il a un recours indépendant de la subrogation, partant sa position est identique à celle du créancier; et leurs droits étant égaux, il ne peut être question de préférence (1).

136. Le créancier peut avoir plusieurs créances hypothéquées sur le même immeuble; il reçoit un payement partiel sur celle qui est la première en rang. Un ordre s'ouvre sur le prix de l'immeuble. Peut-il demander à être payé par préférence au subrogé pour toutes ses créances? Voilà une question que l'on ne devrait pas faire et encore moins porter devant les tribunaux, car elle est décidée par le texte; Toullier en a fait la remarque. L'article 1252 donne au subrogeant un droit de préférence sur celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel; ce qui prouve que la préférence n'a lieu que pour ce qui reste dû au créancier sur la créance acquittée en partie, et non pour ce qui peut lui être dû à raison d'une créance postérieure en hypothèque. Le subrogé primera donc, en vertu de la subrogation qui lui donne le premier rang, le créancier subrogeant quant à la créance postérieure, comme il primerait tout autre créancier, car cette seconde créance est en dehors de la convention de subrogation (2).

137. Le créancier peut-il transmettre le droit de préférence que lui donne l'article 1252 à l'égard du subrogé? Il y a un cas dans lequel l'affirmative n'est point douteuse. Resté créancier d'une somme de 10,000 francs, le subrogeant vend cette créance avec le droit de préférence qui y est attaché : le cessionnaire sera préféré au subrogé. C'est le droit commun; le créancier peut certainement vendre la partie de la créance qui lui reste; or, en la ven-

(1) Larombière, t. III, p. 404, n° 27 de l'article 1252 (Ed. B., t. II, p. 271).
(2) Toullier, t. IV, 1, p. 162, n° 169, et tous les auteurs.

dant, il transmet au cessionnaire tous les droits accessoires qui en assurent le payement, donc aussi le droit de préférence résultant de la subrogation. Il y a un arrêt de la cour de Paris en ce sens, et tel est aussi l'avis des auteurs (1).

Le créancier peut-il aussi, en subrogeant celui qui lui payerait le restant de sa créance, lui transmettre son droit de préférence? Cette question est controversée, et il y a quelque doute. Le principe qui gouverne la matière de la subrogation conduit à donner au subrogé tous les droits du subrogeant. C'est une cession fictive; or, le créancier peut céder, par une vente réelle, le droit de préférence en vendant sa créance; ce qu'il peut par une cession réelle, pourquoi ne le pourrait-il pas par une cession fictive? Que l'on n'objecte pas que c'est étendre une fiction, c'est, au contraire, l'appliquer. Quant au subrogé, la fiction a le même effet qu'une vente réelle, il est censé acheter la créance, dit Pothier; donc il peut invoquer les principes qui régissent la vente d'une créance et réclamer tous les droits utiles qui servent à lui procurer son remboursement (2).

L'opinion contraire est généralement suivie, et la jurisprudence l'a consacrée. On invoque la tradition. Pothier enseigne, en effet, que s'il y a plusieurs subrogés, ils viennent en concurrence; il dit que cela est évident. Cette évidence ne nous frappe pas, et les motifs que les auteurs modernes donnent pour l'expliquer ne sont pas aussi péremptoires qu'ils le disent. La préférence, dit-on, est fondée sur ce qu'à l'égard du créancier la partie de la créance payée avec subrogation est éteinte, tandis que la partie non payée subsiste encore entre ses mains; mais si un nouveau payement vient éteindre cette partie de la créance, il n'en subsistera plus rien, donc il ne peut plus y avoir de droit de préférence (3). N'est-ce pas résoudre

(1) Paris, 18 mars 1837 (Dalloz, au mot *Hypothèques*, n° 2334, 2°). Demolombe, t. XXVII, p. 612, n° 666. Gauthier, p. 65, n° 68.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 388, n° 797 *bis* XV.

(3) C'est l'opinion généralement suivie (Duranton, t. XII, p. 309, n°s 188, 189. Aubry et Rau, t. IV, p. 192, notes 92 et 93, et les auteurs qu'ils citent. Demolombe, t. XXVII, p. 613, n° 667). La jurisprudence est aussi en ce

la question par la question? Au moment où le créancier reçoit le payement du restant de sa créance, le créancier avait pour cette partie un droit de préférence; il s'agit de savoir s'il peut céder ce droit par voie de subrogation, comme il le peut par voie de cession; ainsi posée, la question ne nous paraît pas douteuse.

ARTICLE 4. Des offres de payement et de la consignation.

§ Ier. *Notions générales.*

138. « Lorsque le créancier refuse de recevoir son payement, le débiteur peut lui faire des offres réelles et, au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte » (art. 1257). Le débiteur, obligé de payer, a aussi le droit de le faire, et il y a intérêt. Un vieux proverbe dit que celui qui paye ses dettes s'enrichit. Toute obligation porte atteinte au crédit du débiteur, puisqu'elle affecte ses biens directement ou indirectement et, par suite, diminue sa solvabilité; il est donc intéressé à payer pour affranchir ses biens et pour augmenter son crédit. Il peut avoir un motif particulier pour payer des dettes onéreuses : telles sont les dettes qui portent intérêt ou qui sont munies d'une clause pénale. Si le débiteur est intéressé à payer, d'ordinaire le créancier est intéressé à recevoir ce qui lui est dû; c'est dans ce but qu'il stipule, et on ne voit pas au premier abord pourquoi il refuserait de recevoir son payement. Ce peut être par caprice, par mauvais vouloir; les auteurs le disent, mais cela arrivera rarement, car c'est l'intérêt qui guide les hommes, et il l'emporte sur leurs passions. Il se peut que le créancier soit intéressé à refuser par la même raison qui engage le débiteur à offrir. Nous en avons cité un exemple historique en traitant de la subrogation; ceux qui avaient prêté à 8 pour cent n'aimaient pas d'être remboursés quand le taux de l'intérêt baissa et qu'il ne fut plus que de 5 ou de

sens : Paris, 13 mai 1815 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1998). Dijon, 10 juillet 1848 (Dalloz, 1849, 2, 15).

6 pour cent. Si une peine est attachée à l'obligation, le créancier peut être intéressé à ce qu'elle soit encourue. De là un conflit entre le débiteur et le créancier : l'un offre, l'autre refuse. Si le débiteur offre ce qu'il doit, le refus du créancier est injuste; la loi devait donc donner au débiteur un moyen de se libérer malgré le créancier. Tel est l'objet des offres de payement et de la consignation. La loi, tout en veillant aux intérêts du débiteur, ne néglige pas ceux du créancier; c'est afin de les concilier qu'elle prescrit des conditions pour la validité des offres et de la consignation. « La loi prend toutes les précautions, dit l'orateur du gouvernement, pour qu'il soit certain que le créancier est en faute d'avoir refusé les offres que le débiteur lui a faites; ses droits étant ainsi garantis, il ne peut se plaindre si la loi ne permet pas qu'un refus arbitraire et injuste nuise au débiteur (1). »

139. Les offres de payement et la consignation sont organisés pour permettre au débiteur de se libérer malgré le refus injuste du créancier. Cela suppose l'existence d'une dette. De là suit que s'il n'y a point de dette, il n'y a pas lieu à offres ni à consignation. Tel serait le cas où le débiteur est menacé d'encourir une déchéance s'il n'use pas d'un droit qu'il doit exercer dans un délai fixe; par exemple la faculté de rachat. Le vendeur n'est pas tenu de faire des offres réelles à l'acheteur dans les formes prescrites par la loi pour le payement; car le vendeur ne paye pas, il exerce un droit, et la loi ne prescrit aucune forme particulière pour l'exercice de ce droit.

Un cas analogue s'est présenté devant la cour de Nancy. Le donateur demande la révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges; le tribunal l'ayant prononcée, un créancier hypothécaire forme tierce opposition au jugement et offre de remplir les charges. On lui opposa qu'il n'avait pas le droit de former tierce opposition, parce qu'il était l'ayant cause du donataire qui avait con-

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n[os] 134 et 136 (Locre, t. VI, p. 171 et suiv.). Duranton, t. XII, p. 334, n° 202. Mourlon, t. II, p. 724, n° 1379 (édition de Demangeat, 1873). Colmet de Santerre, t. V, p. 395, n° 202 *bis* I.

senti l'hypothèque; puis on repoussa ses offres comme n'étant pas faites dans les formes prescrites par le code civil. La cour donna gain de cause au créancier; il est vrai qu'il était l'ayant cause de celui dont il tenait son droit, mais de là ne suit pas qu'il fût représenté en justice par le donataire. Quant aux offres qu'il faisait, elles n'étaient pas régies par le code civil; le créancier hypothécaire n'était pas le débiteur du donataire, il demandait à exercer un droit au nom de son débiteur, en exécutant les charges que celui-ci avait négligé de remplir; le créancier hypothécaire ne devenait le débiteur du donateur qu'en vertu du jugement qui maintenait son hypothèque, à la condition par lui de remplir les charges de la donation; jusque-là il s'agissait de l'exercice d'un droit, et non d'offres réelles (1).

140. Parfois la dette prend seulement naissance lors des offres. Aux termes de l'article 1699, celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts et avec les intérêts. Le débiteur qui use du droit que la loi lui accorde se constitue le débiteur du cessionnaire, il l'exproprie en rachetant la créance. Si le cessionnaire refuse la somme que lui offre le débiteur, celui-ci peut lui faire des offres réelles. Il n'était pas débiteur du cessionnaire lors de la cession, mais il le devient du moment qu'il profite du droit de rachat. Toutefois le cessionnaire peut contester; il peut soutenir que le droit n'est pas litigieux, il peut prétendre que le débiteur ne lui offre pas le prix réel et tout ce qu'il est tenu de lui rembourser (2).

141. C'est d'ordinaire dans des circonstances pareilles que le créancier refuse : on ne rencontre guère, dans la jurisprudence, des créanciers qui refusent par caprice ce que le débiteur a le droit de leur offrir. Il s'est présenté une espèce singulière dans laquelle le refus du créancier avait pour mobile un point d'honneur mal entendu.

Un notaire réclame pour la rédaction d'un contrat de

(1) Nancy, 22 février 1867 (Dalloz, 1867. 2, 102).
(2) Rejet, 6 avril 1813 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2047).

mariage une somme de 1,500 francs. Le débiteur, trouvant ces honoraires exagérés, offrit 500 francs; le notaire refusa l'offre et déclara renoncer à ses honoraires. De son côté, le débiteur refusa d'accepter cette renonciation; il s'adressa au président du tribunal qui fixa à 600 francs le chiffre des honoraires dus au notaire. En conséquence le débiteur fit des offres réelles, consigna les deniers et assigna le notaire en validité de la consignation. Le notaire soutint qu'il avait le droit de refuser. La chambre des notaires intervint dans l'instance d'appel; elle soutint que le droit de renoncer aux honoraires est une des plus belles prérogatives du notaire (!), et qu'en présence d'une telle renonciation le client était sans droit pour requérir la taxe. Il a été jugé que la chambre des notaires n'avait pas le droit d'intervenir, parce que la décision de la contestation ne pouvait compromettre en quoi que ce soit l'exercice de la profession notariale, ni lui imposer une obligation ou entrave quelconque. La cour rejeta également les prétentions du notaire. Le contrat qui se forme entre le notaire et son client pour la rédaction d'un acte implique la rémunération du notaire; les honoraires dus à l'officier public sont donc une dette pour la partie. Cela décide la question. Tout débiteur a le droit de se libérer, malgré le créancier, en faisant des offres réelles suivies de consignation. Vainement le notaire renoncerait-il à ses honoraires, cette renonciation serait une remise, donc une décharge conventionnelle (art. 1285); or, il ne suffit pas de la volonté du créancier qui renonce à sa créance pour qu'il y ait convention, il faut le consentement du débiteur; si celui ci refuse, la dette subsiste, et, avec la dette, le droit de se libérer malgré le refus du créancier. Telle est la décision juridique du débat; elle n'est pas douteuse. La cour ajoute que le système soutenu par le notaire et par la chambre impliquait une méconnaissance complète de la loi et qu'il aboutirait à exercer une pression illégitime sur les clients, en les mettant dans la nécessité de payer sans contrôle ou de rester débiteurs (1).

(1) Rennes, 4 juillet 1863 (Dalloz, 1865, 2, 185, et une bonne note de l'arrêtiste).

142. Dans une autre espèce, également singulière, le débiteur offrit ce qu'il devait, et son offre a été refusée légitimement. Un notaire laisse en blanc le nombre des mots rayés; cette contravention entraînait une amende de 11 francs, aux termes de la loi du 25 ventôse an XI (art. 16). Sur les poursuites du ministère public, le notaire fait des offres réelles au receveur. Celui-ci refuse, disant qu'il ne peut recevoir l'amende qu'en vertu d'un jugement de condamnation. Le tribunal décida que les offres étaient valables et condamna le receveur aux dépens. Sur l'appel, la décision fut réformée et elle devait l'être; le notaire n'est pas débiteur en vertu de la contravention, ni en vertu du procès-verbal qui la constate; il y a de cela une preuve incontestable, c'est qu'il ne peut pas être forcé à payer l'amende tant qu'il n'est pas condamné; donc il ne doit pas et, par conséquent, il n'y a pas lieu à offres réelles (1).

143. Quand il y a une dette, le débiteur a le droit de se libérer; il peut, en ce cas, faire des offres réelles au créancier. Qu'entend-on par *offres réelles?* C'est l'offre de la chose qui fait l'objet de l'obligation. On oppose les offres *réelles* aux offres *verbales*. Celles-ci consistent dans la déclaration du débiteur qu'il est prêt à payer; quelque expresses qu'elles soient, quand même elles seraient faites par écrit, elles sont insuffisantes. La raison en est simple, c'est que les offres ont pour objet de libérer le débiteur; il faut donc qu'elles présentent au créancier le même avantage que le payement effectif; or, le payement met dans la main du créancier la chose qui lui est due, donc les offres doivent donner au créancier le pouvoir d'appréhender la chose qui lui est due (2).

Les offres réelles supposent un refus préalable du créancier de recevoir son payement; l'article 1257 le dit, et le bon sens et les conventions l'exigent. On ne commence pas, quand on a un payement à faire, par envoyer la chose au créancier avec signification d'un acte d'huissier; on la lui porte si la créance est portable, on l'engage

(1) Paris, 25 juillet 1826 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2048).
(2) Toullier, t. IV, 1, p. 175, n° 188. Duranton, t. XII, p. 333, 200.

à la faire prendre si la créance est quérable. C'est seulement quand le créancier refuse de recevoir les offres amiables qu'on lui fait des offres légales. Ces offres supposent donc un refus (1). La loi ne dit pas comment le refus doit être constaté. Si le créancier nie, il faut naturellement que le debiteur prouve. Sera-t-il admis à prouver par témoins qu'il s'est présenté chez le créancier et que celui-ci n'a pas voulu recevoir son payement? Nous le croyons, car il ne dépend pas de lui d'obtenir une reconnaissance écrite du créancier; et il ne peut se procurer une preuve authentique du refus, car on ne commence pas par un acte d'huissier, c'est seulement après le refus du créancier que l'on y peut recourir. Le débiteur peut donc invoquer le principe de l'article 1348; il a été dans l'impossibilité morale de se procurer une preuve littérale, cela suffit pour que la preuve testimoniale soit admissible.

144. Quand le créancier refuse aussi d'accepter les offres réelles, le débiteur peut consigner la somme ou la chose offerte (art. 1257). La consignation est un dépôt que le débiteur fait entre les mains d'un officier public. Lorsque les offres réelles ont été suivies de consignation et que le débiteur a observé toutes les formes prescrites par la loi, il est libéré. Ce n'est pas que la consignation soit un véritable payement, il n'y a pas de payement sans le consentement du créancier; or, il refuse les offres que le débiteur lui fait, et la consignation ne peut pas tenir lieu du concours du créancier. Mais la consignation équipolle à un payement, dit Pothier, et, après lui, le code civil (art. 1257), en ce sens que la dette est éteinte, de même qu'elle le serait par un payement (2). Nous dirons plus loin que, malgré cette équipollence, il reste une différence considérable entre le payement et les offres réelles suivies de consignation.

145. Les offres et la consignation se font sans l'intervention de la justice. Jaubert, le rapporteur du Tribunat, dit que c'est là une des bases de la loi : « Il est juste que

(1) Larombière, t. III, p. 437, nos 2 et 3 de l'article 1257 (Ed B., t. II, p. 284).
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 573.

le débiteur ne soit pas forcé à intenter un procès et à subir tous les degrés de juridiction pour obtenir sa libération. » Il est vrai que le créancier peut contester la libération, et alors le procès est inévitable. La loi ne peut pas empêcher les contestations, elle a dû tenir compte des droits du créancier, aussi bien que des droits du débiteur. Il se peut que les offres ne soient pas valables, que la consignation ne soit pas régulière; dans ce cas, le débiteur ne sera point libéré. Quand donc on dit que le débiteur peut se libérer sans l'intervention de la justice, on suppose qu'il a observé les règles que la loi lui trace; alors il n'a pas besoin d'agir en justice contre le créancier, il est libéré par les offres seules suivies d'une consignation régulière. Toutefois rien n'empêche que le débiteur ne demande au juge de déclarer ses offres et sa consignation bonnes et valables; il ne peut être forcé de rester dans l'incertitude : le jugement qui validera la procédure lui tiendra lieu de quittance (1).

§ II. *Des dettes d'argent.*

N° 1. DES OFFRES.

146. Les offres réelles suivies de consignation tiennent lieu de payement. De là suit que les conditions requises pour la validité du payement doivent aussi être remplies pour que les offres soient valables. Il y a une condition de plus. Le payement n'est soumis à aucune forme; si un écrit est dressé pour le constater, c'est uniquement pour fournir au débiteur une preuve littérale du payement, la quittance ne sert que de preuve. Il n'en est pas de même des offres réelles et de la consignation; la loi prescrit non-seulement des conditions intrinsèques pour leur validité, mais aussi des formes extérieures; celles-ci doivent également être observées pour que les offres soient valables et partant libératoires. Tel est le principe. Nous allons entrer dans les détails d'application;

(1) Jaubert, Rapport, n° 25 (Locré, t. VI, p. 211).

ces détails sont nécessaires, puisque les conditions et les formes sont prescrites sous peine de nullité (1).

I. *A qui les offres doivent-elles être faites?*

147. « Pour que les offres réelles soient valables, il faut 1° qu'elles soient faites au créancier capable de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui » (art. 1258, 1°) : tel qu'est son tuteur, dit Pothier, ou son curateur. En droit moderne, le curateur n'a pas qualité pour recevoir, c'est le mineur émancipé qui touche ses revenus, sans même être assisté du curateur; l'assistance n'est requise que lorsqu'il s'agit de recevoir un capital mobilier (art. 482).

Pothier ajoute que s'il y avait une personne indiquée par le contrat à qui le payement pût se faire, les offres pourraient être faites à cette personne; car le débiteur ayant, par la convention, le droit de payer à ce tiers, il peut aussi, par une suite de ce droit, lui faire des offres sans être tenu d'aller chercher le créancier (2).

148. L'application du principe est si facile que l'on s'étonne, à bon droit, qu'elle ait donné lieu à tant de débats judiciaires.

Un huissier notifie au débiteur une mainlevée d'inscription, et le somme de déclarer ce qui l'empêche de payer; sur cela, le débiteur lui fait des offres réelles; elles ont été jugées irrégulières, parce que l'huissier chargé d'un mandat spécial n'avait pas le pouvoir de recevoir le payement, ni par conséquent des offres réelles (3).

L'adjudicataire d'une maison appartenant à un failli fait des offres réelles au syndic après les délais de la surenchère; le syndic refuse. Procès en validité des offres. On prétend que le syndic, simple mandataire des créanciers, n'a pas le droit de recevoir pour eux les capitaux

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 574 et 575. Larombière, t. III, p. 451, n° 3 de l'article 1258 (Éd. B., t. II, p. 290). Aubry et Rau, t. IV, p. 194, note 10, § 322.

(2) Pothier, n° 574. Toullier, t. IV, 1, p. 189, n° 175. Duranton, t. XII, p. 335, n° 203.

(3) Bourges, 29 mars 1814 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2076).

dus à la masse. C'était une erreur évidente. La cour de Paris décida que les syndics d'une faillite, représentant la masse des créanciers, peuvent exercer leurs actions et y défendre; sinon il eût fallu faire les offres à chaque créancier individuellement, ce qui est contraire au droit et au bon sens. L'affaire alla jusqu'en cassation (1).

Quand une vente se fait par adjudication publique, il faut consulter le cahier des charges qui règle tout ce qui concerne les droits et les obligations de l'adjudicataire. Il est dit dans un cahier des charges que l'adjudicataire ne pourra payer le prix qu'aux créanciers inscrits, utilement colloques ou délégués; dans l'espèce, il n'y avait encore ni ordre ni délégation, l'adjudicataire fit ses offres aux créanciers en masse, au domicile élu dans une inscription d'office, prise à leur insu et sans leur participation. Les offres étaient nulles à tous égards; le saisi ne pouvait plus recevoir le payement, et les conditions prescrites par le cahier des charges n'étant pas remplies, les créanciers aussi étaient sans qualité; à plus forte raison les offres ne pouvaient-elles être faites aux créanciers en masse (2).

II. *Qui peut faire des offres réelles?*

149 La seconde condition requise par l'article 1258 pour que les offres réelles soient valables est qu'elles soient faites par une personne capable de payer. Une *personne*, dit le texte; ainsi, non-seulement le débiteur et ceux qui le représentent, mais encore tout tiers, intéressé ou non, peuvent payer, donc ils peuvent aussi faire des offres réelles; le droit de payer donne le droit de faire des offres.

Le créancier saisit les meubles de son débiteur absent. Un tiers se présente et lui fait des offres réelles comprenant la somme due et réclamée par le commandement. Les offres furent déclarées valables par arrêt de la cour de Paris (3).

(1) Rejet, 11 mai 1825 (Dalloz, au mot *Faillite*, nº 1172).
(2) Paris, 20 août 1813 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 2075).
(3) Paris, 11 août 1806 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 2080, 2º). Comparez Rejet, 13 germinal an x (Dalloz, *ibid.*, nº 2080, 1º).

150. Si le tiers qui paye demande la subrogation en vertu de l'article 1250, n° 1, il ne peut être question d'offres réelles, puisqu'il faut le consentement du créancier. Dans le cas du n° 2 de l'article 1250, le prêteur ou l'emprunteur peuvent forcer le créancier à recevoir ce qui lui est dû, puisque le consentement du créancier n'est pas requis pour la subrogation. Quant à la subrogation légale, elle a lieu de plein droit au profit de celui qui paye, dans les circonstances prévues par la loi, la dette d'un tiers. Si le créancier refuse le payement, faut-il que celui qui paye demande la subrogation et qu'il justifie de l'intérêt qu'il a de payer pour être subrogé? Il n'a rien à demander, puisque ce n'est pas sur sa demande que la subrogation est consentie, il n'intervient pas de consentement, et la loi n'exige aucune justification. Un arrêt de la cour de cassation semble cependant décider le contraire, mais c'est un arrêt de rejet fondé sur les circonstances de la cause (1); il n'appartient pas aux tribunaux de prescrire des conditions pour la validité des actes.

III. *Que doit offrir celui qui paye?*

151. L'article 1258, n° 3, pose le principe en ces termes : « Pour que les offres réelles soient valables, il faut qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire. » C'est l'application de la règle que les offres tiennent lieu de payement; elles doivent donc comprendre tout ce que le débiteur doit au créancier. Dans le payement qui se fait de gré à gré les parties règlent de commun accord le chiffre de la dette et de ses accessoires. Quand le débiteur fait des offres réelles, l'acte est unilatéral, et s'il est irrégulier, les frais retombent sur celui qui a fait les offres; il doit donc veiller à ce qu'elles soient complètes.

152. Les offres doivent comprendre le capital dû par

(1) Rejet, section civile, 12 juillet 1813 (Dalloz, au mot *Rentes constituées*, n° 157).

le débiteur : la loi dit la *totalité* de la somme exigible; l'offre serait insuffisante si le débiteur n'offrait pas tout ce qu'il doit, quand même il ajouterait : sauf à parfaire en cas d'insuffisance. C'est seulement pour les frais non liquidés que la loi admet cette clause, elle ne l'admet pas pour la dette et les intérêts, ni pour les frais liquidés. La raison en est très-simple : le débiteur doit savoir quel est le montant exact de sa dette et des accessoires liquides; il faut donc qu'il offre la somme intégrale qu'il doit, sinon le payement est partiel, et le créancier n'est pas tenu de recevoir un payement divisé (art. 1244). Des offres avec clause de parfaire ont été déclarées nulles (1).

153. Les tribunaux appliquent le principe avec une rigueur extrême, mais qu'on n'a pas le droit de blâmer, car elle est légale. On a annulé des offres faites par un locataire qui, ayant cessé d'occuper la maison louée, offrait les loyers qu'il pourrait devoir jusqu'à la fin de son bail, ainsi que l'accomplissement de diverses autres obligations dérivant du contrat, mais il n'avait pas offert d'habiter personnellement la maison, ni d'indemniser le bailleur du préjudice qu'il pourrait souffrir de l'inexécution de cette obligation (2). La décision est rigoureuse, mais elle est juridique.

154. Que fera le débiteur qui veut se libérer s'il est dans l'impossibilité de calculer le chiffre exact de la dette et des accessoires? La difficulté s'est présentée dans l'espèce suivante. Le débiteur somme le créancier de comparaître devant un notaire pour y procéder à la liquidation de ce qui lui était dû en capital, intérêts et frais, avec déclaration que, faute par le créancier de ce faire, le débiteur établirait lui-même la liquidation avec les documents que la procédure pourrait lui fournir. Le créancier n'ayant pas comparu, le débiteur fit des offres réelles, en se soumettant à réparer toute erreur qui se rencontrerait dans l'évaluation qu'il avait faite sans le concours du créancier. Ces offres furent validées; la cour dit que le

(1) Bourges, 9 décembre 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2085, 2°). Rejet, 28 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 1, 208).
(2) Douai, 8 février 1854 (Dalloz, 1855, 2, 2).

débiteur avait fait tout ce qui était humainement possible pour connaître le chiffre exact des sommes dues à son créancier; il ne pouvait pas faire une liquidation exacte, puisque certaines pièces lui étaient inconnues; l'erreur provenant du refus que le créancier avait opposé à leur juste demande, celui-ci n'était pas fondé à prétendre que les offres étaient insuffisantes (1).

155. Il ne faudrait pas conclure de là que le débiteur peut, de sa propre autorité, évaluer le montant de la dette et faire des offres en conséquence; quand même les offres dépasseraient le chiffre réel de ce qu'il doit, elles seraient nulles. Dès qu'il y a désaccord entre le créancier et le débiteur sur le montant d'une indemnité à laquelle le premier a droit, le tribunal seul a le droit de la fixer, le débiteur ne peut pas faire ce que le juge seul a le pouvoir de décider. Tant que la dette n'est pas liquide, le débiteur ne peut pas faire d'offres réelles. Cela a été jugé ainsi par la cour de Douai (2). Il n'y a pas contradiction entre cette décision et celle de l'arrêt de la cour de cassation que nous venons de mentionner. Dans cette dernière espèce, la dette était liquide, seulement le créancier avait refusé de produire des pièces sans lesquelles on ne pouvait déterminer d'une manière exacte le montant de la dette; tandis que, dans l'espèce jugée par la cour de Douai, il fallait un règlement judiciaire, et il n'appartenait pas au débiteur d'y substituer son évaluation personnelle.

156. Dans la dernière affaire, le débiteur avait offert une somme qui paraissait excéder celle que le juge allouerait définitivement au créancier; il offrait donc plus qu'il ne devait. Loin de valider ses offres, cette circonstance était une cause de nullité. Le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir plus qu'il ne doit, ce payement indû exposerait le créancier à une répétition; vainement le débiteur déclarerait-il qu'il n'entend pas répéter ce qu'il payerait de trop, ce serait l'offre d'une libéralité que le

(1) Rejet, 28 février 1849 (Dalloz, 1849, 1, 158).
(2) Douai, 12 mai 1857 (Dalloz, 1857, 1, 153).

créancier n'est pas tenu d'accepter. En principe, le débiteur doit offrir ce que le créancier a le droit d'exiger, donc ni plus ni moins. Est-ce à dire que toute offre qui dépasse le montant de la dette est nulle? La loi ne prononce pas expressément la nullité, elle veut que les offres soient de la totalité de la somme exigible, elle ne dit pas que les offres sont nulles quand elles dépassent cette somme. C'est donc au juge à décider d'après les circonstances; si le créancier avait intérêt à refuser, les offres ne pourraient pas être validées; s'il n'y avait aucun intérêt, ce serait une rigueur excessive que d'annuler des offres qui sont plus que suffisantes. Les auteurs, tout en posant en principe que le débiteur ne peut pas offrir plus qu'il ne doit, admettent des restrictions à cette rigueur; nous croyons inutile d'entrer dans le détail de ces opinions diverses, parce que le juge décide, en définitive, d'après les circonstances de la cause (1). La jurisprudence que nous allons rapporter montrera dans quel esprit la loi doit être appliquée.

Quand le débiteur offre plus qu'il ne doit, par dol, il n'y a pas à hésiter : le juge annulera les offres. La cour de cassation l'a jugé ainsi; le débiteur avait offert beaucoup plus qu'il ne devait, et le premier juge constatait qu'il l'avait fait pour se ménager le plaisir de jeter ses adversaires dans un nouveau procès, ce qu'il était également juste et sage d'empêcher, dit l'arrêt. La cour prend soin de remarquer que le jugement attaqué n'était pas fondé seulement sur l'article 1258; en effet, cette disposition ne prévoit pas la difficulté; le juge avait surtout invoqué les faits et circonstances de la cause, et c'est la décision ainsi motivée que la cour de cassation a confirmée (2).

Il a été jugé, sous l'empire des lois antérieures au code, que les offres excessives étaient nulles quand le débiteur les fait sans déclaration qu'il abandonne l'excédant (3).

(1) Voyez les diverses opinions des auteurs dans le *Répertoire de Dalloz*, au mot *Obligations*, n° 2104.
(2) Rejet, 24 janvier 1815 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2103).
(3) Nîmes, 21 mai 1806 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2105)



A notre avis, cette déclaration ne validerait pas l'offre, elle justifierait, au contraire, le refus du créancier; en effet, c'est une offre de libéralité; et personne n'est tenu d'accepter un don, d'autant moins que ces prétendues donations qu'un débiteur fait à son créancier ne sont guère inspirées par un sentiment de bienfaisance.

Si l'excès des offres provient d'une erreur de calcul, il n'y a pas de doute que les offres ne doivent être validées, car, dit la cour de cassation, les erreurs de calcul sont toujours réparables, sans qu'il soit nécessaire d'annuler l'acte. Il en serait ainsi alors même que l'erreur aurait pour effet de diminuer le chiffre de la dette : telle serait une erreur dans le calcul des intérêts, alors que le débiteur offre de réparer l'erreur dès qu'elle est signalée (1). Il serait odieux d'éterniser les procès pour des erreurs qui peuvent être immédiatement corrigées.

Des offres ont été attaquées pour une erreur de 70 centimes. Pour le coup, on aurait bien fait de rappeler le vieil adage : *De minimis non curat prætor*. La cour de Poitiers prend soin de répondre à cette chicane. Il s'agissait du coût de deux inscriptions; le conservateur n'avait pas porté en compte le papier des deux bordereaux, le débiteur crut devoir offrir de ce chef une somme de 70 centimes. Encore n'est-ce qu'une conjecture que fait la cour (2). On est honteux de voir de pareilles vétilles portées devant des cours d'appel. En droit strict, le créancier pouvait refuser les quelques centimes qui ne lui étaient pas dus. Mais le juge aussi a pu se refuser à prononcer la nullité d'un acte dont la loi ne prononce pas formellement la nullité.

157. Les offres réelles qui ne comprennent pas les intérêts sont insuffisantes et partant nulles. On ne conçoit pas que cela ait été contesté jusqu'en appel, puisque la loi est positive. Pour que les offres soient valables, il faut qu'elles soient de la totalité de la somme due; voilà pour le capital; puis la loi ajoute « et des arrérages ou intérêts (3). »

(1) Paris, 15 mars 1826, et Rejet, 18 novembre 1829 (Dalloz, n° 2103).
(2) Poitiers, 14 juillet 1819 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2114).
(3) Bruxelles, 7 mars 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 85).

Il faut dire des intérêts ce que nous avons dit du capital : si le débiteur n'offre pas tous les intérêts, les offres seraient nulles, quand même l'acte contiendrait la clause banale : « sauf à parfaire, augmenter ou diminuer, s'il y a lieu. » Le payement est un acte définitif; au moment où il se fait, le créancier a le droit d'exiger tous les intérêts échus; le débiteur qui offre moins fait donc un payement partiel que le créancier a le droit de refuser. L'offre de parfaire est une offre verbale, et les offres verbales sont nulles (1).

Le même principe s'applique aux arrérages ; la loi est formelle, et elle entend les intérêts ou arrérages échus au moment où doit se faire le payement. Une saisie est pratiquée pour différents termes d'une rente; pendant les poursuites, de nouveaux termes viennent à échoir, le débiteur fait des offres : sont-elles suffisantes si elles comprennent seulement les termes échus au moment de la saisie? Non, les offres doivent comprendre tout ce que le débiteur doit, donc tout ce qui est échu au moment où le débiteur fait ses offres. Ainsi jugé par la cour de cassation. Le pourvoi soutenait que chaque terme échu formait une créance à part et pouvait être payé à part; que, par conséquent, il pouvait y avoir des offres réelles pour les termes échus lors de la saisie. On avait déjà répondu devant le premier juge qu'un pareil système serait ruineux pour le débiteur, puisqu'il autorisait le créancier à faire une saisie pour chaque terme, ce qui est en opposition avec le principe que saisie sur saisie ne vaut; la cause première de la saisie venant à s'accroître par l'échéance de nouveaux arrérages, les poursuites ne peuvent être arrêtées que si le créancier est désintéressé complétement (2).

Autre est la question de savoir si les offres réelles faites par le débiteur d'une rente, qui n'a pas payé les arrérages pendant deux années, empêchent le crédirentier d'exiger le remboursement auquel il a droit. C'est une question de

(1) Paris, 25 août 1810 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2090, 2°).
(2) Rejet, 19 novembre 1834 (Dalloz, n° 2092, 1°).

déchéance qu'il ne faut pas confondre avec les offres réelles ; nous y reviendrons au titre qui traite des rentes.

158. Quant aux frais, la loi distingue. Ceux qui sont liquidés doivent être compris dans les offres au même titre que le capital et les intérêts ; si les frais ne sont pas liquidés, le débiteur peut faire des offres en ajoutant une somme pour ces frais, sauf à la parfaire. Pourquoi la loi permet-elle en ce cas les offres, quoiqu'elles soient nécessairement incomplètes, une partie de la dette n'étant pas liquide? C'est qu'il dépend du créancier de poursuivre la liquidation, et il ne faut pas que le débiteur soit empêché de se libérer, parce qu'il ne plaît pas au créancier de liquider les frais.

159. Cette disposition de la loi a donné lieu à bien des contestations. D'abord on demande ce qu'il faut entendre par frais. Il s'agit des frais judiciaires ; la question appartient donc à la procédure. Nous nous bornons à citer un arrêt de la cour de cassation qui décide que par cette expression il faut entendre tout ce qui, sous le nom de frais, se porte sur les états des avoués. Or, il est d'usage d'y porter les frais d'enregistrement ; de là la cour conclut que ces derniers frais ne doivent pas être mentionnés expressément dans les offres, il suffit que le débiteur offre une somme pour les frais, sauf à la parfaire. La cour d'Aix avait annulé les offres parce qu'elles ne comprenaient pas expressément les frais d'enregistrement : c'était un excès de pouvoir, car la cour ajoutait à l'article 1258 une condition qu'il n'a pas imposée, et elle prononçait une nullité que la loi ne prononce pas. L'arrêt a été cassé (1).

160. Comme la loi énumère les divers éléments de la dette qui doivent être compris dans les offres, il en faut conclure avec la jurisprudence que les offres spéciales doivent être faites d'abord pour le capital, puis pour les intérêts, enfin pour les frais non liquidés. Si donc les dépens ont été liquidés, ils doivent figurer dans les offres ;

(1) Cassation, 19 décembre 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2097, 1°).

elles seraient nulles si aucune somme n'était mentionnée pour les frais, quand même la somme offerte en bloc serait suffisante pour payer le capital et les intérêts; la loi n'admet pas l'offre en bloc, on ne peut donc pas procéder de la sorte. Ce serait changer la loi, au lieu de l'exécuter, dit la cour de Bordeaux (1); excellente maxime que les interprètes oublient trop souvent.

161. On comprend la rigueur de la loi : elle veut que le créancier puisse s'assurer par les offres si le payement est intégral, il faut donc que les offres détaillent les divers éléments de la créance. Quant aux frais notamment, le débiteur doit offrir une somme spéciale pour couvrir ceux qui sont liquidés, afin que le créancier sache si l'offre est suffisante. Il a été jugé, et cela ne fait pas de doute, que les offres faites en appel sont insuffisantes et partant nulles quand elles ne comprennent pas les frais faits en première instance (2).

162. Qu'entend-on par frais non liquidés? La question a été portée devant la cour de cassation de Belgique. Un arrêt de la cour de Bruxelles avait jugé que les coûts des jugements, quoique non liquidés, doivent être considérés comme des frais certains non sujets à liquidation; il en avait conclu que les offres étaient nulles quand elles ne comprenaient pas ces frais en totalité. C'était confondre les frais *liquides* avec les frais *liquidés*; la loi ne dit pas que tous les frais certains, tels que ceux de timbre et d'enregistrement, doivent être offerts, elle veut que les frais soient liquidés, c'est-à-dire fixés par le juge; et ce ne sont que ces frais liquidés que le débiteur doit offrir. Quant aux frais non liquidés, quelque certains qu'ils soient, le débiteur ne doit pas les offrir spécialement, il suffit qu'il offre une somme quelconque, sauf à la parfaire. Cela a été prescrit dans l'intérêt du débiteur et pour favoriser la libération. Si l'on s'en était rapporté au débiteur du soin de déterminer quels frais sont certains et doivent être offerts, il aurait pu se tromper et, par suite, il aurait dû

(1) Bordeaux, 3 avril 1835 (Dalloz, n° 2096, 3°).
(2) Rennes, 7 mai 1816 (Dalloz, n° 2096, 2°).

supporter les frais des offres annulées. La cour de Bruxelles refaisait donc la loi, sa décision a été cassée (1).

163. Quand les offres ne comprennent rien pour les frais non liquidés, alors qu'il y a ou qu'il y aura nécessairement des frais, les offres sont nulles, car c'est offrir au créancier un payement partiel qu'il a le droit de refuser. Il a été jugé que si le débiteur saisi fait des offres réelles pour arrêter la poursuite en expropriation, il doit faire une offre pour tous les frais de poursuite liquidés et non liquidés, sauf quant à ces derniers à parfaire; sinon les offres sont nulles et, par suite, les poursuites continuent. Il en serait de même du tiers détenteur qui veut se soustraire à l'action d'un créancier hypothécaire; s'il ne comprend pas dans ses offres une somme pour les frais non liquidés, les offres sont nulles, et partant le créancier peut poursuivre l'expropriation (2).

164. Suffit-il que le débiteur offre une somme quelconque pour les frais non liquidés, en ajoutant la clause sauf à la parfaire? L'affirmative résulte du texte et de l'esprit de la loi. Le texte dit : « *une somme* pour les frais non liquidés, » sans exiger que la somme offerte soit en rapport avec le montant des frais qui restent à liquider. Il était impossible de l'exiger, parce que l'on ne pouvait rien préciser; dès lors il fallait se contenter d'une somme quelconque. Au conseil d'Etat, cette disposition souleva quelque contradiction. On convenait qu'il était impossible d'offrir et de consigner le montant des frais non liquidés, mais on objectait qu'il était injuste d'accorder la libération dans le cas où il y aurait, par exemple, pour mille écus de frais une offre d'un écu; on voulait que la somme offerte fût au moins approchante de la vérité; on demandait en conséquence que la loi fixât la quotité au-dessous de laquelle l'offre serait insuffisante. Maleville nous apprend que la proposition fut rejetée; on préféra s'en tenir à l'ancien usage, c'est le seul qui soit d'une application pra-

(1) Cassation, 10 décembre 1816 (*Pasicrisie*, 1817, 1, 371), et, sur renvoi, Gand 3 février 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 57).
(2) Rennes, 2 janvier 1812, et Toulouse, 4 février 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2098, 1°, et au mot *Cautionnement*, n° 241).

tique. La loi devait se décider soit en faveur du débiteur, soit en faveur du créancier. Or, le créancier doit s'imputer de n'avoir pas fait liquider les frais qui lui sont dus, tandis que le débiteur n'a rien à se reprocher (1). Il résulte de là que la loi se contente d'une offre verbale pour les frais non liquidés : c'est une exception au principe fondamental qui gouverne cette matière.

165. Le débiteur fait des offres réelles de sa dette montant à 2,074 francs; il ajoute une somme de 12 francs pour frais non liquidés, sauf à parfaire; or, les frais ayant été taxés, s'élevèrent à la somme de 1,607 francs 6 centimes. Ces offres sont dérisoires, dit le créancier, et le premier juge lui donna gain de cause; mais en appel le jugement fut réformé. Les offres, dit la cour de Paris, étaient textuellement conformes à la loi, donc valables (2). Si une offre de 12 francs pour une dette de 1,600 francs est valable, pourquoi une simple offre de payer les frais ne le serait-elle point? Un tribunal le décida ainsi; le débiteur avait offert tout ce qui était liquidé et il s'était engagé à payer les frais non liquidés aussitôt après leur liquidation. La décision a été cassée; elle violait l'article 2058 qui exige formellement qu'une somme quelconque soit offerte, et ne se contente pas d'un simple engagement de les payer ultérieurement (3). La cour de cassation a raison, mais il faut avouer que la disposition de l'article 1258 est un pur formalisme. J'offre un franc sur des frais de 1,600 francs : mes offres seront valables; j'offre de payer les frais qui s'élèvent à cette somme : mes offres sont nulles; les premières offres sont censées réelles, parce que j'offre un franc, les secondes sont censées verbales parce que je n'offre rien : mais un franc ou rien n'est-ce pas la même chose?

166. Les offres seront-elles suffisantes pour les frais non liquidés, quoiqu'elles soient de beaucoup inférieures aux frais réels, lorsque le débiteur connaît cette insuffisance au moment où il fait les offres? La cour de Paris a

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 176, n° 192.
(2) Paris, 10 février 1807 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2099, 2°).
(3) Cassation, 16 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 266).

annulé des offres de 200 francs faites pour des frais non liquidés, parce que le débiteur n'ignorait pas que les frais et notamment ceux d'enregistrement dépassaient de beaucoup la somme par lui offerte. C'était, à notre avis, violer la loi qui parle, non des frais que le débiteur connaît ou ne connaît point, mais des frais *liquidés*; or, il est bien évident que les frais sont non liquidés, quoique le débiteur en connaisse à peu près le montant. Cependant la cour de cassation rejeta le pourvoi (1). Nous préférons la décision contraire de la cour de cassation de Belgique que nous avons déjà rapportée (p. 189, note 1).

167. Le débiteur doit-il faire les offres en espèces d'or ou d'argent ayant cours légal? Il y a de nombreux arrêts pour l'affirmative, qui n'est point douteuse. Les offres tiennent lieu de payement, et nous avons dit ailleurs que le payement doit se faire en monnaie d'or ou d'argent. Il a été jugé que des offres faites en billets de la Banque Nationale sont nulles; en effet, ces billets n'ayant pas de cours forcé, on ne peut être obligé de les recevoir; partant on ne peut les offrir (2). La règle est applicable aux communes comme aux particuliers : il a été jugé qu'un mandat de payement offert par une administration municipale à un entrepreneur de travaux pour prix d'ouvrages exécutés pour la commune ne peut tenir lieu d'offres réelles (3). Il y a plus; l'offre du récépissé d'une somme versée à la caisse des dépôts et consignations serait insuffisante, quoique la somme en espèces offerte et refusée soit déposée à la caisse; le créancier a le droit de la refuser, les offres étant soumises aux mêmes conditions que le payement (4). Bien moins encore peut-on offrir une délégation sur un notaire (5), ou une créance sur un particulier (6). Cela se fait tous les jours, non-seulement entre commerçants, mais aussi pour dettes civiles; mais il faut pour cela le concours de la volonté du créancier; or, celui

(1) Rejet, chambre civile, 5 août 1870 (Dalloz, 1871, 1, 321).
(2) Cassation, 16 mars 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 1, 213).
(3) Rejet, 9 brumaire an VIII (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2059, 1°).
(4) Orléans, 8 février 1866 (Dalloz, 1866, 2, 68).
(5) Bruxelles, 5 décembre 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 358).
(6) Liége, 3 août 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 79).

qui fait des offres doit s'attendre à un refus, puisqu'il ne les fait qu'après un premier refus, et légalement il ne peut offrir du papier, il doit offrir des espèces.

IV et V. *Des dettes à terme ou conditionnelles.*

168. « Pour que les offres réelles soient valables, il faut 4° que le terme soit échu s'il a été stipulé en faveur du créancier » (art. 1258, 4°). Le n° 4 de l'article 1258 explique et restreint le n° 3 : d'après cette dernière disposition, le débiteur doit offrir la totalité de la dette *exigible*, ce qui semble exclure les offres réelles quand il s'agit d'une dette à terme; mais quand le terme est stipulé en faveur du débiteur, ce qui est la règle (art. 1187), il y peut renoncer, et alors la dette est exigible. Il va sans dire que le débiteur ne peut pas renoncer au terme s'il est stipulé en faveur du créancier. Le créancier a, en ce cas, le droit de refuser le payement que le débiteur voudrait faire avant l'échéance du terme, donc il peut aussi refuser les offres réelles. Quand le terme est-il stipulé en faveur du créancier? C'est ce que nous avons vu en traitant du terme.

Il y a exception à ces principes en matière commerciale : le porteur d'une lettre de change ne peut être forcé de recevoir avant l'échéance du terme (code de comm., art. 146); il peut donc refuser les offres réelles qui lui seraient faites avant cette échéance.

169. « Pour que les offres réelles soient valables, il faut 5° que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée » (art. 1258, 5°). La loi suppose que la dette a été contractée sous condition suspensive. Tant que la condition n'est pas accomplie, il n'y a point de dette, en ce sens que le débiteur ne peut être forcé de payer, donc le créancier ne peut être forcé de recevoir, car il serait obligé de restituer si la condition venait à défaillir; il a donc droit et intérêt à refuser les offres réelles que le débiteur lui ferait avant l'accomplissement de la condition. Quand même le débiteur déclarerait qu'il renonce à la répétition, le créancier ne serait pas tenu de

recevoir le payement qu'on lui offre : de pareilles offres seraient une donation, et toute donation suppose le consentement de celui que l'on veut gratifier.

Si la dette est sous condition résolutoire, elle est pure et simple quant à son existence; le débiteur peut être forcé à payer, il a donc le droit de faire des offres réelles.

VI. *Où les offres réelles doivent-elles se faire?*

170. « Pour que les offres réelles soient valables, il faut qu'elles soient faites au lieu dont on est convenu pour le payement » (art. 1258, 6°). Les offres tiennent lieu de payement, elles doivent donc se faire là où, d'après la convention, le débiteur doit payer. Il a été jugé, par application de l'article 1258, que les offres réelles sont faites valablement à l'étude du notaire quand l'acte indique cette étude comme lieu du payement. On objectait que l'indication de l'étude comme lieu du payement ne donne pas au notaire qualité de recevoir la chose due, ce qui est très-vrai; mais cela n'empêche pas que les offres ne puissent se faire au lieu indiqué; c'est au créancier à donner mandat à une personne quelconque pour recevoir le payement à ce lieu (1). Les offres faites ailleurs qu'au lieu où le payement doit se faire seraient nulles (2).

171. Il se peut que le créancier ne se trouve pas au lieu indiqué pour le payement, ni un mandataire chargé de recevoir en son nom. Comment et à qui se feront, dans ce cas, les offres? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Les uns disent que l'huissier doit se présenter au lieu indiqué, et s'il n'y trouve personne ayant qualité pour recevoir le payement, il constatera le fait dans son procès-verbal; cette constatation équivaut à un refus, le créancier étant en faute de n'avoir pas de mandataire là où le payement doit se faire, et le débiteur ne pouvant pas souffrir de la négligence du créancier (3). Cela est logique, mais cela est-il légal? La loi ne dit pas

(1) Bourges, 6 décembre 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2119, 1°).
(2) Nancy, 14 novembre 1828 (Dalloz, n° 2119, 3°).
(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 401, n° 203 *bis* III.

que le procès-verbal dressé par l'huissier équivaudra au refus du créancier; or, ce refus est une véritable fiction, car le créancier peut même ignorer les offres qui ont été faites, et on ne dira pas qu'il refuse ce qu'il ignore. C'est donc un refus fictif; or, pour cela il faudrait une loi. Il y a une autre opinion qui applique par analogie l'article 68 du code de procédure. Aux termes de cet article, *tous* exploits seront faits à personne ou à domicile; or, l'acte par lequel l'huissier signifie des offres réelles est un exploit. La loi prévoit le cas où l'huissier ne trouve pas la partie au domicile, la signification se fait alors à un parent ou à un serviteur; à leur défaut, à un voisin, ou au bourgmestre ou à son échevin. Il est vrai que les offres réelles sont plus qu'un simple exploit, c'est un payement; mais ce payement se faisant par un officier ministériel, on peut l'assimiler à un exploit et appliquer par analogie l'article 68 (1). C'est la jurisprudence (2).

172. « S'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du payement, il faut que les offres réelles soient faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile » (article 1258, n° 6). Ici la loi déroge au principe qui régit les offres, elles doivent se faire là où se fait le payement; or, d'après l'article 1247, si le lieu où doit se faire le payement d'une somme d'argent n'est pas indiqué par la convention, le payement doit être fait au domicile du débiteur. Ainsi la dette est quérable et non portable; le débiteur a le droit de payer à son domicile, c'est au créancier à venir chez le débiteur pour recevoir ce qui lui est dû, ce n'est pas au débiteur à porter chez le créancier ce qu'il lui doit. Logiquement il en devrait être de même des offres; la loi aurait dû permettre au débiteur de sommer le créancier de venir recevoir chez lui la somme qu'il tient à sa disposition (3). Le législateur déroge ici à la règle qu'il suit d'ordinaire, en se prononçant pour le débiteur : il veut que les offres se fassent au créancier. Il y a une

(1) Duranton, t. XII, p. 342, n° 217. Aubry et Rau, t. IV, p. 194, note 6, § 322.
(2) Poitiers, 14 juillet 1819 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2114).
(3) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 725, n° 1380.

raison de cette dérogation. La loi ne se contente pas d'offres verbales, elle veut que le débiteur offre la chose même qu'il doit; or, sommer le créancier de venir toucher chez le débiteur ce qui lui est dû, c'est faire une offre verbale par acte d'huissier; car on ne sait pas si le débiteur a réellement la chose qu'il déclare tenir à la disposition du créancier, donc l'offre n'est pas réelle; pour qu'elle ait ce caractère, il faut que la chose soit présentée au créancier de manière qu'il puisse l'appréhender. On dira que l'obligation de transporter les espèces chez le créancier peut occasionner des frais que le débiteur ne doit pas supporter, puisqu'il avait le droit de payer à son domicile. Cela est vrai; aussi pourra-t-il se faire rembourser les frais de transport; il serait injuste que le débiteur souffrît un préjudice quelconque de la nécessité où il se trouve, par le refus du créancier, de payer au domicile de celui-ci, alors qu'il a le droit de payer chez lui (1).

173. Le débiteur peut-il faire des offres réelles au domicile élu? Il faut distinguer. L'article 1258, 6°, permet au débiteur de faire des offres réelles au domicile élu pour l'exécution de la convention. C'est l'application de l'article 111, aux termes duquel les significations, demandes et poursuites peuvent avoir lieu au domicile élu pour l'exécution de l'acte.

Il y a des cas où le domicile élu est légal, en ce sens que les parties doivent élire un domicile pour la validité d'un acte juridique. Faut-il appliquer au domicile imposé par la loi ce que l'article 1258 dit du domicile choisi par les parties? En principe, non. Il y a une raison de texte qui est décisive; l'article 1258 règle tout ce qui concerne les offres réelles; toutes les conditions qu'il prescrit doivent être remplies sous peine de nullité; or, les nullités sont de droit étroit, ainsi que les conditions exigées pour la validité d'un acte : on ne peut rien y ajouter ni en rien retrancher. Et que dit le texte? Les offres réelles doivent être faites au domicile réel ou au domicile élu de l'article 111; donc elles ne peuvent être faites à un autre do-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 400, n° 203 *bis* II.

micile. L'article 584 du code de procédure confirme cette interprétation restrictive; il porte que le commandement qui précède la saisie mobilière doit contenir élection de domicile, et la loi ajoute que le débiteur pourra faire à ce domicile élu toutes significations, *même d'offres réelles*. C'est une exception, d'après les termes mêmes de la loi, et l'exception confirme la règle. Cette doctrine, consacrée par la jurisprudence, est aussi fondée en raison. Le domicile élu en vertu de la loi est un acte unilatéral, donc il ne peut avoir d'effet à l'égard de l'autre partie, partant il est étranger à l'exécution de la convention; imposé dans un but spécial, il n'a d'autre effet que celui que la loi lui attribue.

Il a été jugé, en conséquence, que le débiteur ne peut pas faire d'offre réelle au domicile élu dans une inscription hypothécaire. Ce domicile ne concerne que l'inscription, c'est-à-dire la conservation du privilége et de l'hypothèque; il est étranger au payement, par conséquent aux offres réelles; le créancier n'ayant pas concouru à cette élection de domicile, il serait contraire à tout principe que le débiteur fît des offres réelles à un domicile où le créancier n'a pas consenti à recevoir son payement (1).

Par la même raison les offres réelles ne peuvent être faites au domicile élu dans le commandement qui précède la saisie immobilière. Pourquoi la loi n'autorise-t-elle pas le débiteur à payer à ce domicile, alors qu'elle lui permet de faire les offres réelles au domicile élu dans le commandement qui précède la saisie mobilière? L'exception de l'article 584 du code de procédure s'explique par la rapidité des formes de la saisie-exécution; si le débiteur était obligé de faire ses offres au domicile réel, il lui serait souvent impossible de les faire à temps pour arrêter la saisie de son mobilier; la loi a donc dû lui permettre de faire ces offres au domicile élu dans le commandement. L'intérêt du débiteur l'emporte ici sur la rigueur des principes (2).

(1) Grenoble, 20 août 1853 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2123). Aubry et Rau, t. IV, p. 194, note 7, § 322.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Saisie immobilière*, § VI, art. 1, n° 1. Aubry et Rau, t. IV, p. 194, note 8, § 322.

174. Les offres réelles peuvent-elles être faites à l'audience? Il y a des arrêts qui semblent décider l'affirmative; mais il faut voir quel est le sens de ces décisions. Il est certain que les formes prescrites pour la validité des offres ne peuvent pas être remplies par équipollence; or, la loi veut que les offres soient faites à la personne du créancier, ou à son domicile. Donc elles ne peuvent être faites à l'audience en l'absence du créancier. Quand même le créancier serait présent, l'offre ne pourrait lui être faite, car les offres, comme nous allons le dire, doivent être faites par un officier ministériel; or, les huissiers n'ont pas le droit d'instrumenter à l'audience. En quel sens donc la jurisprudence admet-elle que les offres peuvent être faites à la barre?

Le débiteur, actionné en payement d'une lettre de change avec intérêts et frais, déclare qu'il se soumet à payer le montant de la lettre de change et les intérêts échus, mais il soutient que la traite a été souscrite avec la mention *sans frais*, laquelle aurait été rayée par le créancier. Il fait des offres réelles en ce sens et les réitère à l'audience sans avoir consigné ni fait juger la validité des offres. Le premier juge déclara les offres bonnes et valables, et ordonna au créancier d'en recevoir le montant. Pourvoi en cassation pour violation de l'article 1257, qui n'attache la libération qu'aux offres réelles suivies de consignation. La cour rejeta le pourvoi parce que le jugement attaqué n'avait fait que déterminer le montant de la créance au moment où les offres étaient faites et ordonner au créancier de recevoir la valeur ainsi fixée (1). Ainsi la cour de cassation ne dit pas que l'on peut faire des offres réelles à l'audience; ces prétendues offres sont en réalité un aveu du montant de la dette, avec engagement du débiteur de la payer. Ce sont donc des offres verbales dont le tribunal donne acte s'il les trouve suffisantes; elles ne tiennent pas lieu de payement, puisque le tribunal ordonne au créancier d'en recevoir le montant.

(1) Rejet, 27 juin 1849 (Dalloz, 1849, 1, 166). Comparez Rejet, 2 juillet 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 2130) et 4 mars 1824 (Dalloz, nº 2060).

VII. *Formes.*

175. « Pour que les offres réelles soient valables, il faut 7° qu'elles soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes. » Pourquoi la loi prescrit-elle l'intervention d'un officier public pour la validité des offres? Les offres réelles tiennent lieu de payement, et le payement se fait sans solennité aucune; on le constate par un écrit sous seing privé qui sert de preuve, et on ne recourt au notaire que si l'on veut avoir une quittance authentique. La loi déroge donc au droit commun en exigeant que les offres soient faites par un officier ministériel. La raison en est qu'il y a une différence entre le payement et les offres réelles. Lorsque le créancier reçoit ce qui lui est offert, il est inutile, en général, de recourir à un notaire : une quittance sous seing privé suffit. Mais quand il y a lieu à offres réelles, le créancier refuse de recevoir; il ne peut donc être question de quittance, le créancier refusera même de constater que des offres lui ont été faites. Comment, en ce cas, le débiteur prouverait-il le fait des offres si elles se faisaient sans l'intervention d'un officier public? Par la preuve testimoniale? Elle serait inadmissible, puisqu'il s'agit de prouver un fait juridique, une offre de payement, et qu'il dépendait du débiteur de se procurer une preuve authentique de ce fait. Il était donc nécessaire de prescrire que les offres se fissent par l'intermédiaire d'un officier public(1).

176. Quels sont les *officiers ministériels* ayant caractère pour ces sortes d'actes? On entend par officiers ministériels des officiers publics dont le ministère est requis pour l'exercice de la justice, et qui pour cette raison ne peuvent pas le refuser : ce sont les avoués, les greffiers et les huissiers (code de proc., art. 1030, 1031). Les avoués ne font pas des sommations et restent étrangers à toutes significations; ils rédigent les actes qui doivent être signifiés. Quant aux greffiers, leur ministère se borne

(1) Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 401, n° 203 *bis* IV.

à relater ce qui se passe à l'audience; or, nous venons de dire qu'à l'audience on ne fait point d'offres réelles proprement dites. Restent les huissiers : leur fonction consiste à faire des sommations et des notifications; donc ils ont le droit de faire des offres réelles.

Ont-ils compétence exclusive, ou les notaires peuvent-ils, concurremment avec les huissiers, faire des offres réelles? La question est controversée et il y a quelque doute. Un point est certain; si le procès-verbal d'offres contient une assignation à comparaître devant le juge, pour en faire déclarer la validité, ou pour obtenir du juge la permission de mettre en dépôt, en quelque autre lieu, le corps certain qui fait l'objet de l'obligation (art. 1264), un huissier seul sera compétent, les notaires n'ayant pas qualité pour donner une citation devant un tribunal.

La question ne se présente donc que dans le cas où le débiteur fait de simples offres sans assignation en justice. Il y a un motif de douter, c'est que les notaires ne sont pas qualifiés d'officiers ministériels. A cela on répond que la loi ne définit point ce qu'il faut entendre par officiers ministériels; il faut donc voir si le caractère de notaire s'oppose à ce qu'il fasse des offres. Les offres tiennent lieu de payement; or, le payement peut certes être constaté par les notaires, ils le font tous les jours; ils restent donc dans le cercle de leurs attributions en faisant des offres au créancier et en dressant acte de ce fait. Il faudrait un texte qui le leur défende; or, l'article 1258 n'est pas exclusif; loin de là, il parle des officiers ministériels en termes généraux, ce qui prouve qu'il y a encore d'autres officiers publics que les huissiers qui ont qualité pour faire les offres; or, en dehors des huissiers, il n'y a que les notaires qui, par la nature de leurs fonctions, puissent imprimer l'authenticité aux actes que les parties doivent faire dans la forme authentique : ils sont donc compris implicitement dans le texte. Enfin, on peut invoquer par analogie la disposition du code de commerce (art. 173) qui permet aux notaires de faire les protêts (1).

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 178, nos 199-201. Colmet de Santerre, t. V, p. 401, no 208 *bis* IV. Aubry et Rau, t. IV, p. 193, note 4, § 322.



177. Le code civil ne dit pas que l'officier ministériel qui fait les offres doit dresser procès-verbal. Cela va sans dire, puisque c'est pour donner l'authenticité aux offres que la loi fait intervenir un officier public. Aussi l'article 812 du code de procédure se borne-t-il à dire ce que le procès-verbal doit constater. « Tout procès-verbal d'offres désignera l'objet offert, de manière qu'on ne puisse y en substituer un autre; et si ce sont des espèces, il en contiendra l'énumération et la qualité. » Ce point est essentiel, afin que l'on sache si les offres du débiteur répondent aux exigences de la loi telles que nous venons de les exposer (nos 147 et suiv.).

178. L'article 813 du code de procédure ajoute : « Le procès-verbal fera mention de la réponse, du refus ou de l'acceptation du créancier, et s'il a signé, refusé ou déclaré ne savoir signer. » Faut-il conclure de là que les offres doivent être faites nécessairement à la personne du créancier? Non, ce serait donner au créancier un moyen de rendre les offres impossibles; or, les offres de payement sont un droit pour le débiteur, et elles ont précisément pour objet de briser la résistance du créancier; il serait donc absurde de permettre au créancier d'entraver les offres. Aussi le code civil autorise-t-il le débiteur à faire les offres au domicile du créancier et même au domicile élu. Si l'officier ministériel ne trouve au domicile du créancier personne ayant pouvoir de recevoir pour lui, il constatera le fait, lequel équivaudra à un refus; c'est ce que l'officier public a l'habitude de déclarer dans son procès-verbal (1). On a prétendu que le débiteur devait commencer par sommer le créancier d'être présent aux offres, en indiquant les jour et heure où elles seraient faites. La loi aurait dû prescrire cette sommation préalable, mais elle ne l'a pas fait, et il n'appartient pas à l'interprète de créer des conditions et des causes de nullité. Il y a un arrêt en ce sens, et la question n'est point douteuse (2).

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 402, n° 203 *bis* V. Poitiers, 4 juillet 1819 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2114).
(2) Caen, 6 mars 1848 (Dalloz, 1849, 2, 32).

N° 2. DE LA CONSIGNATION.

I. *Quand y a-t-il lieu à consignation?*

179. La consignation doit être précédée d'offres réelles, sinon elle est inopérante et frustratoire. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 1258 commence par dire que, lorsque le créancier refuse de recevoir son payement, le débiteur peut lui faire des offres réelles; puis il ajoute que, si le créancier refuse de les accepter, il peut consigner la somme ou la chose offerte. La consignation ne peut donc être faite qu'au refus du créancier d'accepter les offres. C'est seulement si les offres sont faites que la consignation qui les suit libère le débiteur, et c'est précisément parce que la consignation libère le débiteur malgré le créancier, que des offres préalables doivent être faites audit créancier, afin qu'il puisse prévenir la consignation en acceptant les offres. Cela est aussi très-logique. Le débiteur veut se libérer, il faut donc qu'il commence par offrir le payement de ce qu'il doit (1). C'est alors au créancier à voir s'il doit les accepter ou les refuser.

180. Lorsque le créancier accepte les offres, il ne peut plus être question de consigner la somme offerte; l'officier ministériel la remet au créancier qui lui en délivre quittance. Qui supportera, en ce cas, les frais des offres réelles? Ce sera le créancier, parce que régulièrement les offres réelles ne peuvent être faites que lorsque le créancier a refusé de recevoir son payement (n° 143). C'est ce refus qui a nécessité les offres réelles; si le créancier les accepte, il prouve par là qu'il a eu tort de refuser ce que le débiteur lui offrait de gré à gré : il est en faute et, partant, il doit supporter les frais que son refus injuste a occasionnés.

Si le créancier refuse les offres réelles, ou s'il est censé les refuser par son absence (n° 178), le débiteur peut con-

(1) Rejet, 26 mars 1818 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2194).

signer la somme offerte. Il ne doit pas, avant de consigner, faire juger la validité des offres (art. 1459); la loi lui permet de se libérer sans l'intervention de la justice (n° 145). Dans l'ancien droit, la consignation devait être autorisée par le juge; les auteurs du code ont aboli cette procédure, comme inutile. « Le débiteur, dit l'orateur du gouvernement, ne doit pas souffrir des délais qu'elle entraînerait, et il en souffrirait puisque la nécessité de recourir au juge arrêterait la consignation, et ce n'est que par la consignation qu'il est libéré (1). » Dès que les offres réelles sont refusées, le débiteur peut consigner, en observant les formes prescrites par la loi. On a prétendu qu'il devait faire la consignation dans les vingt-quatre heures : cette prétention a été repoussée par la cour de cassation, elle n'a aucun appui dans le texte, et les juges ne peuvent pas prononcer une nullité que la loi ne prononce pas (2). La loi ne détermine pas de délai entre les offres et la consignation, elle s'en rapporte à l'intérêt du débiteur qui est de consigner le plus tôt possible pour obtenir sa libération. Mais la consignation n'est jamais tardive, en ce sens qu'elle peut toujours être faite, pourvu que les offres aient précédé.

La loi, tout en favorisant le débiteur, ne perd pas de vue l'intérêt du créancier. Il est averti par les offres réelles que la consignation aura lieu, et la loi veut de plus, comme nous allons le dire, que le débiteur l'avertisse que la consignation aura lieu. Il peut donc encore empêcher la consignation en acceptant les offres. Mais il n'est pas exact de dire, comme le fait l'orateur du gouvernement, que le créancier peut prévenir la consignation en demandant la nullité des offres réelles, et qu'alors seulement un jugement est nécessaire pour autoriser la consignation s'il est décidé que les offres sont valables (3).

(1) Exposé des motifs, n° 136 (Locré, t. VI, p. 172). Aubry et Rau, t. IV, p. 195, note 15, § 322.

(2) Rejet, chambre civile, 5 décembre 1826 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2197).

(3) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 136 (Locré, t. VI, p. 172) Comparez Larombière, t III, p. 463, n°s 4 et 5 de l'article 1259 (Éd. B., t. II, p. 295). Aubry et Rau, t. V, p. 195, note 15, § 322.

Sans doute, le créancier peut demander la nullité des offres, mais cela n'empêche pas le débiteur de consigner, il n'a jamais besoin d'une autorisation de justice pour se libérer. Il va sans dire que si les offres sont annulées, la consignation que le débiteur a faite sera inopérante, et que les frais seront à sa charge.

181. Qu'est-ce que la consignation? Le mot vient du latin *consignare*; anciennement les sommes que l'on consignait étaient enfermées dans des sacs cachetés, sans être comptées (1). Ce procédé a été remplacé par le dépôt qui se fait entre les mains d'un fonctionnaire public. En France, une loi du 28 avril 1816 décréta la création d'une caisse spéciale des dépôts et consignations; trois ordonnances du 3 juillet 1816 ont réglé l'organisation et les attributions de la caisse. Nous renvoyons aux auteurs français ce qui concerne les modifications qui ont été apportées aux règlements de 1816. En Belgique, c'est le conservateur des hypothèques qui est chargé de recevoir les dépôts et consignations (arrêté du 17 janvier 1831, art. 6).

182. Il ne dépend pas du débiteur de faire la consignation où il veut; la consignation, qui suit les offres, tient lieu de jugement; quand un jugement a déclaré les offres et la consignation bonnes et valables, ou que le créancier, revenant sur son refus, consent à recevoir la somme consignée, le fonctionnaire chargé du dépôt rend la consignation au lieu où elle a été faite; il faut donc que la consignation se fasse là où le payement doit se faire, sinon le créancier serait lésé. Si la loi ne le dit pas, c'est que cela résulte implicitement de la disposition qui veut que les offres se fassent au lieu où le payement doit être fait; et naturellement la consignation doit se faire chez le conservateur des hypothèques de l'arrondissement. La jurisprudence est en ce sens (2).

183. Le principe que la consignation doit être précédée d'offres réelles reçoit des exceptions. Il y a des cas

(1) Loyseau, *Traité des offices*, livre II, chap. VI, n° 23.
(2) Caen, 6 février 1826 (Dalloz, au mot *Compétence civile*, n° 253).

où la consignation peut être faite sans qu'il y ait eu des offres. C'est ce qui arrive, d'abord quand les engagements sont payables au porteur, ou négociables par voie d'endossement; une loi du 6 thermidor an III dispose que si le porteur ne se présente pas dans les trois jours de l'échéance, le débiteur est autorisé à déposer la somme entre les mains du receveur de l'enregistrement dans l'arrondissement duquel l'effet est payable. La raison de cette dérogation au droit commun est que le propriétaire de l'effet négociable est inconnu, il n'est donc pas possible de lui faire des offres réelles. Cependant le débiteur a le droit de se libérer, et le créancier ne peut entraver ce droit en ne se présentant pas (1).

Le débiteur est encore autorisé à consigner sans faire des offres, quand il ne peut pas valablement payer entre les mains de son créancier. Tel est le cas où les deniers provenant d'une saisie doivent être distribués entre les créanciers du saisi. S'ils ne s'accordent pas, l'officier qui a fait la vente est tenu d'en consigner le montant dans la huitaine, à la charge de toutes les oppositions : ce sont les termes de l'article 657 du code de procédure. Le débiteur des deniers ne doit pas faire d'offres réelles, parce qu'elles seraient inutiles et frustratoires, car le propriétaire saisi ni ses créanciers ne pourraient recevoir ce qui leur serait offert (2).

On admet aussi qu'en cas de saisie-arrêt le tiers saisi peut consigner (3). Il a le droit de payer à son créancier, mais c'est à ses risques et périls, même alors que le montant de la dette dépasse le chiffre de la créance du saisissant, car il peut survenir de nouvelles saisies; de sorte qu'il s'expose à payer deux fois. Cependant il a le droit de se libérer, et la saisie ne peut pas lui enlever ce droit. Faut-il qu'il fasse des offres réelles? On enseigne qu'il peut offrir les fonds au créancier et faute par celui-ci de rapporter la mainlevée de l'opposition, déposer les deniers à la caisse des consignations, en déclarant les

(1) Toullier, t. IV, 1. p. 184, n° 208.
(2) Larombière, t. III, p. 472, n° 16 de l'article 1259 (E. B., t. II, p. 298).
(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 340, n° 181 *bis* VIII.

saisies-arrêts dont la créance est frappée. Ce procédé sauvegarde tous les droits, mais est-il légal? Cela est controversé. Il y a des auteurs qui vont plus loin : d'après eux le tiers saisi peut consigner sans offres réelles préalables. La cour d'Orléans a jugé en ce sens (1). Nous n'entrons pas dans ce débat, parce qu'il est étranger à notre travail.

II. *Formes.*

181. La loi prescrit des formes pour la validité de la consignation. Il faut 1° qu'elle ait été précédée d'une sommation signifiée au créancier et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la chose offerte sera déposée. La loi veut laisser au créancier le moyen de revenir sur son refus, en acceptant les offres; il peut donc prévenir la consignation qui lui est désavantageuse, si les offres sont valables, puisqu'il est privé de la jouissance de la somme consignée pour laquelle il reçoit un intérêt très-minime.

L'article 1257 veut, en second lieu, « que le débiteur se dessaisisse de la chose offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt. » Faut-il que le débiteur consigne les deniers mêmes qu'il a offerts? Le texte ne l'exige pas formellement et il n'y avait aucune raison de l'exiger. Il ne s'agit pas de la dette d'un corps certain; les dettes d'argent sont des dettes de choses fongibles, il suffit donc que le débiteur consigne la somme offerte en espèces métalliques, conformément aux principes qui régissent le payement et les offres (n° 167) (2).

Il va sans dire que le dépôt ne peut se faire ailleurs que chez le conservateur des hypothèques, et qu'aucune délégation ne peut remplacer ce dépôt. Le texte de la loi est formel, et on conçoit à peine que ces questions aient été portées devant les tribunaux. C'est qu'il y avait d'an-

(1) Orléans, 17 janvier 1854 (Dalloz, 1856, 2, 234). Larombière, t. III, p. 472, art. 1259, n° 16 (Ed. B., t. II, p. 298). Aubry et Rau, t. IV, p. 193, note 3, § 322.
(2) Larombière, t. III, p. 469, n° 10 de l'article 1259 (Ed. B., t. II, p. 297).

ciens usages que la pratique a essayé de perpétuer; les tribunaux les rejettent naturellement, puisque l'ancien droit est aboli (1).

Il faut, 3°, « qu'il y ait eu procès-verbal, dressé par l'officier ministériel, de la nature des espèces offertes, du refus qu'a fait le créancier de les recevoir, ou de la non-comparution, et enfin du dépôt. » L'article 1259 dit : l'*officier ministériel*. La loi n'entend pas que ce soit le même officier qui a fait les offres; il n'y aurait aucune raison d'une pareille exigence; il est vrai que les offres et la consignation sont nécessaires pour que le débiteur soit libéré; elles tiennent donc lieu d'un seul fait juridique, la quittance; néanmoins, de fait et de droit, ce sont des actes distincts; ils sont valables s'ils ont été reçus par un officier public compétent (2). Il faut que ce soit un officier ministériel ayant qualité de faire les offres, la combinaison de l'article 1259 3° et de l'article 1258 7° le prouve. Le fonctionnaire chargé de recevoir les dépôts est incompétent; si donc il avait rédigé le procès-verbal de consignation, les offres seraient nulles, et par suite, le débiteur ne serait pas libéré (3). La loi indique ce que le procès-verbal de dépôt doit contenir. Elle parle de la *non-comparution* du créancier; à la différence de ce qui se fait lors des offres, le créancier est sommé de comparaître; s'il ne comparaît pas, l'officier ministériel en dresse acte, et la non-comparution équivaudra à un refus de recevoir ce que le débiteur lui offre (4).

La loi veut 4° « qu'en cas de non-comparution de la part du créancier, le procès-verbal du dépôt lui soit signifié avec sommation de retirer la chose déposée. » Cette signification est prescrite afin d'avertir le créancier que le débiteur est libéré et que la créance est éteinte. C'est à lui alors d'agir en nullité des offres, à moins qu'il ne

(1) Riom, 16 novembre 1808 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2206, 3°). Lyon, 11 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 5, 526).

(2) Larombière, t. III, p. 471, n° 13 de l'article 1259 (Ed. B., t. II, p. 298). Aubry et Rau, t. IV, p. 196, note 18, § 322.

(3) Nîmes, 22 août 1809 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1204, 1°).

(4) Jaubert, Rapport, n° 25 (Locré, t. VI, p. 211). Marcadé t. IV, p. 562, n° II de l'article 1259. Colmet de Santerre, t. V, p. 403, n° 204 *bis* II.

revienne sur son refus. Il a été décidé, malgré le texte formel de la loi, que les offres réelles sont valables, quoiqu'il n'y ait pas eu sommation de retirer la chose déposée, s'il y a eu sommation régulière d'assister à la consignation (1). Nous préférons la décision contraire de la cour de Rennes (2). La sommation d'assister au dépôt n'apprend pas au créancier que le dépôt a été fait, puisque le débiteur peut ne pas donner suite à la sommation. Or, toutes les formes de la consignation sont prescrites dans l'intérêt du créancier, et il n'y a pas d'acte qu'il soit plus intéressé à connaître que la consignation qui libère le débiteur. Cela est décisif. La cour de Rennes a même jugé que le débiteur n'est libéré qu'à partir de la signification du procès-verbal. N'est-ce pas dépasser la loi? D'après l'article 1257, les offres réelles suivies de consignation libèrent le débiteur : c'est ajouter à la loi que de dire qu'il n'est libéré qu'à partir de la signification du procès-verbal de dépôt, et nous répétons que le juge ne peut pas créer de nullité.

N° 3. DE LA NULLITÉ DES OFFRES.

185. Nous avons dit que les conditions et les formes prescrites pour les offres doivent être observées sous peine de nullité; l'article 1258 est formel. Quant à la consignation, l'article 1259 commence par dire qu'il n'est pas nécessaire, *pour la validité de la consignation*, qu'elle ait été autorisée par le juge; puis il ajoute : « Il suffit que. » Suivent les conditions que nous venons d'exposer. Cela veut bien dire que ces conditions sont exigées pour la validité de la consignation. Il en faut conclure que si l'une de ces conditions fait défaut, la consignation est nulle et que, par suite, le débiteur n'est pas libéré. Quand on dit qu'un acte est nul, cela veut dire que la partie intéressée en peut demander la nullité. Le créancier peut donc agir en nullité des offres, de même que le débiteur peut de-

(1) Bordeaux, 27 mai 1868 (Dalloz, 1868, 2, 219).
(2) Rennes, 3 juillet 1821 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2215).

mander qu'elles soient déclarées valables. Cela a été décidé ainsi par un arrêt de la cour de cassation (1). La question ne souffre aucun doute. Il faut ajouter que le créancier est plus intéressé à agir que le débiteur. Les offres ont été organisées de façon que le débiteur puisse se libérer sans l'intervention de la justice; quand il a rempli les formalités légales, il est libéré, il n'a pas besoin d'agir, il peut attendre que le créancier agisse contre lui, alors il lui opposera l'exception de libération. Le créancier, au contraire, s'il persiste à refuser les offres, doit agir pour sauvegarder ses intérêts, car sa créance est éteinte, à moins qu'il n'obtienne l'annulation des offres et de la consignation.

186. Les tribunaux mettent une grande rigueur dans l'application de ces principes. C'est la raison pour laquelle nous sommes entré dans de si minutieux détails sur cette matière. Il n'y a pas à distinguer entre les formalités, selon qu'elles sont plus ou moins essentielles, le législateur a décidé, il les a prescrites toutes indistinctement sous peine de nullité; cela est décisif. Il ne reste au juge qu'à appliquer la loi. En théorie, il y a, sans doute, des formes qui intéressent plus ou moins le créancier : l'une des plus importantes est la sommation qui lui fait connaître le jour du dépôt; quand il n'y est pas appelé, la consignation doit être annulée (2). Par contre, la nature des espèces offertes qui doit être mentionnée dans les procès-verbaux d'offres et de consignation a bien moins d'importance; ce qui n'empêche pas que les tribunaux doivent prononcer la nullité si cette formalité n'a pas été observée (3).

La passion pousse souvent le créancier à une rigueur que la morale condamne, mais que la justice doit sanctionner quand elle est légale. Un créancier fait procéder contre son débiteur tout ensemble à une saisie immobilière et à une saisie-exécution. Pour exécuter la saisie du mobilier, l'huissier fut obligé de faire enfoncer la porte

(1) Cassation, 18 août 1813 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1063, 2°).
(2) Colmar, 9 mai 1807 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2201).
(3) Besançon, 5 mai 1813 (Dalloz, n° 2134, 2°).

du domicile du débiteur, il y établit un gardien et posa sur la porte un cadenas dont il garda la clef. La saisie était régulière, sauf l'apposition du cadenas qui empêchait le débiteur d'habiter sa maison; le tribunal condamna de ce chef le créancier aux dépens. La saisie immobilière se poursuivait en même temps, lorsque le débiteur somma le créancier de se trouver en l'étude du notaire où devait se faire le payement. Les parties s'y trouvèrent, mais le débiteur n'ayant pas encore reçu les fonds, le créancier se retira aussitôt. Quelques instants après, les fonds arrivèrent; le débiteur fit constater par le notaire qu'il faisait des offres réelles pour le montant de sa créance en capital et accessoires. Il demanda le même jour que les offres fussent déclarées valables; elles furent annulées en première instance et en appel; entre autres motifs de nullité on fit valoir que l'exhibition des deniers n'avait eu lieu qu'après le départ du créancier et après l'heure fixée par la sommation. Pourvoi en cassation. Il était certain que le créancier avait mis une précipitation passionnée à se retirer; la cour de cassation fut néanmoins obligée de maintenir la nullité, elle n'a pas à juger les sentiments, elle ne peut pas même les écouter (1).

La loi est si rigoureuse que les tribunaux doivent se garder d'ajouter à sa rigueur. Quand les offres sont insuffisantes, le débiteur peut-il faire des offres supplémentaires? Il a été jugé que les offres doivent être annulées, parce qu'elles sont nulles dans leur principe (2). Sans doute, les premières offres étant insuffisantes, le créancier avait le droit de les refuser, et il pouvait en demander l'annulation. Mais s'il ne l'a pas fait et si le débiteur fait de nouvelles offres qui complètent les premières, il offre en définitive tout ce qu'il doit; ses offres sont donc valables à partir du moment où il a offert le supplément de ce qu'il devait, sauf à supporter les frais des premières offres.

Il a été jugé aussi que la consignation est nulle par

(1) Rejet, 7 décembre 1840 (Dalloz, n° 2203, 2°).
(2) Metz, 12 août 1845 (Dalloz, n° 2202, 4°).

cela seul qu'elle est inférieure aux offres (1). Les considérants de l'arrêt sont trop absolus et dépassent la pensée de la cour. Dans l'espèce, le débiteur avait offert la totalité de la dette, quoiqu'une partie ne fût pas exigible; lors de la consignation il ne consigna que la partie exigible de la dette; cela était irrégulier, dit la cour, parce que le débiteur avait renoncé au bénéfice du terme. A vrai dire, c'était une offre de renonciation; mais cette offre ayant été refusée, le débiteur pouvait la rétracter et se borner à consigner ce qu'il devait, et il ne devait pas ce qui n'était point échu. A plus forte raison la consignation serait valable si le débiteur avait offert plus qu'il ne doit et si en consignant il répare cette erreur. Il devrait supporter les frais des offres excessives que le créancier avait le droit de refuser; par contre, le débiteur offrant lors du dépôt ce qu'il doit, le créancier est en faute s'il refuse ces offres régulières. Il faut donc valider les offres et déclarer le débiteur libéré, sauf à régler la question des frais sur laquelle nous reviendrons. C'est une interprétation indulgente de la loi, mais en ce point l'indulgence nous paraît conciliable avec la justice (2).

187. Les offres conditionnelles sont-elles valables? Il a été jugé que des offres faites conditionnellement sont nulles (3). C'est encore une de ces décisions mal rédigées qui dépassent la pensée de la cour qui l'a rendue. Les offres tiennent lieu de payement; or, on ne peut certes pas faire un payement conditionnel, si l'on prend le mot *condition* dans son acception juridique : un payement dépendant de l'arrivée d'un événement futur et incertain ne serait pas un payement. Mais le débiteur peut, en payant, exiger certaines choses du créancier; il peut demander la remise du titre soldé, une quittance en forme, la radiation de l'inscription hypothécaire, la mainlevée de la saisie-arrêt pratiquée par le créancier. S'il ajoute ces demandes à ses offres sous forme de conditions, cela n'empêchera pas les offres d'être valables, car il demande ce

(1) Rennes, 28 avril 1813, et les remarques de Dalloz, n° 2208.
(2) Larombière, t. III, p. 470, n° 11 de l'article 1251 (Ed. B., t. II, p. 237).
(3) Douai, 8 février 1854 (Dalloz, 1855, 2, 2).

qu'il a le droit de demander comme suite légale du payement et de l'extinction de la dette. Il en serait de même, dit la cour de cassation, de toute condition juste et raisonnable que le débiteur ajouterait à ses offres. Dans l'espèce, le créancier avait fait une saisie-exécution; le débiteur saisi, en offrant ce qu'il lui devait, avait ajouté qu'il le faisait sous la réserve expresse de procéder à la vérification des effets saisis et de réclamer des dommages-intérêts dans le cas où ils seraient endommagés; c'est le droit du saisi, et le débiteur peut toujours réserver ses droits. Ce n'est pas là une condition, les offres sont pures et simples, sauf au débiteur à exercer ses droits (1). De même sont valables des offres faites sous la réserve de répétitions que le débiteur prétend avoir contre le créancier : le débiteur, tout en payant, peut former une demande reconventionnelle contre le créancier; il est inutile qu'il fasse ces réserves; mais par cela même elles ne peuvent nuire au créancier qui, de son côté, conserve le droit de repousser ces demandes; dès lors il n'a pas le droit de refuser les offres. La cour de Liége l'a jugé ainsi, et cela est incontestable (2).

Une question analogue a été portée devant la cour de cassation. Le débiteur fait des offres réelles en exécution d'un arrêt qui l'a condamné à payer. Il y ajoute la réserve du pourvoi en cassation contre l'arrêt; en conséquence, il exige la remise immédiate des pièces constatant les poursuites et le consentement du créancier à la radiation de l'inscription. On a prétendu que ces demandes étaient incompatibles avec les offres; en se pourvoyant en cassation, le débiteur demandait la nullité du payement qu'il faisait sous forme d'offres; peut-on payer tout ensemble et demander la nullité du payement? La cour de cassation et la cour de Nancy qui a jugé sur renvoi répondent à l'objection, et la réponse est péremptoire : le payement et les réserves faites par le débiteur étaient une conséquence du principe que le pourvoi en cassation n'est pas

(1) Cassation, 31 janvier 1820 (Dalloz, au mot *Saisie-exécution*, n° 223).
(2) Liége, 16 janvier 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 69).

suspensif en matière civile. Malgré le pourvoi, le créancier peut contraindre le débiteur, par toutes les voies de droit, au payement de ce qui lui est dû; de même le débiteur, pour prévenir des poursuites imminentes, a le droit d'offrir le montant de sa dette, tout en déclarant qu'il agit comme contraint et forcé et sous la réserve de se pourvoir en cassation. Et dès qu'il paye, il a le droit d'exiger la remise des pièces et la mainlevée de l'hypothèque (1).

Le créancier a aussi ses droits; si le débiteur, en payant, peut réclamer ses droits et faire des réserves en conséquence, il ne peut pas ajouter comme condition des clauses ou des réserves qui porteraient atteinte aux droits du créancier. Telles étaient les offres faites dans l'espèce jugée par la cour de Douai dont nous avons rapporté la décision (n° 187). Le locataire avait quitté la maison et offert au bailleur tous les loyers jusqu'à la fin du bail; l'offre était accompagnée de la réserve de demander la restitution d'une part proportionnelle des loyers payés par anticipation pour le cas où la maison serait relouée avant une certaine époque. Il en serait de même de toute autre réserve que le créancier ne pourrait accepter sans compromettre ses droits (2).

188. S'il y a des créanciers passionnés, il y a aussi des débiteurs de mauvaise foi. Il se peut que des offres soient régulières en la forme, mais au fond vexatoires, et que le débiteur veuille éluder la loi tout en ayant l'air de l'observer. Un avoué charge un avocat de plaider une affaire de référé. L'avocat cite l'avoué devant le juge de paix en payement de ses honoraires (15 francs). Après le jugement qui le condamne, le débiteur fait des offres réelles avec sommation au créancier de se trouver à onze heures et demie à la caisse des consignations. Le tribunal annula les offres, parce que l'avoué avait à dessein fixé pour le dépôt un jour d'audience, alors qu'il savait

(1) Cassation, 11 juillet 1849, et sur renvoi, Nancy, 27 décembre 1849 (Dalloz, 1850, 1, 27, et 1850, 2, 90). Comparez Larombière, t. III, p. 455, n° 11 de l'article 1258 (Ed B , t. II, p. 291).

(2) Rejet, 3 février 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2062, 1°).

que l'avocat était occupé au palais. Pourvoi en cassation : les offres, dit-on, étaient régulières, le tribunal devait les valider alors même que le débiteur aurait agi dans le but de vexer son adversaire. Tel ne fut pas l'avis de la cour : elle pose en principe que les formalités prescrites par la loi doivent être exécutées de bonne foi. Le dol et la fraude font exception à toutes les lois, et la justice ne saurait donner son appui à un acte qui a pour objet de frauder la loi (1). La cour de cassation a aussi décidé que les juges du fait pouvaient annuler des offres comme n'étant pas sérieuses, alors même qu'elles seraient régulières (2). Il ne faut pas permettre aux hommes de jouer avec les lois; agir ainsi, c'est aussi les violer.

§ III. *Des dettes de corps certains.*

189. L'article 1264 prescrit des formalités spéciales pour les offres réelles lorsque la chose due est un corps certain. On suppose que la chose doit être livrée au lieu où elle se trouve. Si l'on suivait la règle générale, le débiteur devrait transporter la chose au domicile du créancier, mais comme le créancier n'a pas stipulé que le payement se fera à son domicile, il est probable qu'il a intérêt à ce que la chose soit payée là où elle se trouve; il devrait donc la faire transporter de nouveau dans ce lieu. Ces allées et ces venues seraient frustratoires et presque ridicules, comme on l'a dit. La loi dispense donc le débiteur de faire l'offre de la chose; elle remplace l'offre réelle par une sommation que le débiteur doit faire au créancier d'enlever la chose. Cet acte est notifié à la personne du créancier ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. Le débiteur ne doit pas non plus consigner la chose, la caisse des consignations n'est établie que pour recevoir les dépôts de sommes d'argent. La sommation met le créancier en demeure d'enlever la

(1) Rejet, 6 avril 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2202).
(2) Rejet, chambre civile, 18 mai 1829 (Dalloz, n° 2064).

chose; s'il ne l'enlève pas, le débiteur peut la laisser là où elle est. La loi prévoit seulement le cas où il aurait besoin du lieu dans lequel la chose due est placée; il doit alors s'adresser à la justice pour obtenir la permission de mettre la chose en dépôt dans quelque autre lieu. Il faut la permission de justice dans ce cas; ce qui est une dérogation à un principe fondamental en matière d'offres (n° 145); comme il n'y a pas de lieu officiel de dépôt, il fallait bien que le juge en indiquât un, ne fût-ce que pour prévenir les contestations qui pourraient s'élever entre les parties sur la convenance du lieu choisi par le débiteur (1).

190. Il y a des hypothèses que la loi ne prévoit pas. Si la chose due est payable dans un lieu autre que celui où elle se trouve, on n'est plus dans les termes de l'article 1264; mais il est facile au débiteur de l'y placer, il n'a qu'à transporter l'objet là où la livraison en doit être faite; la chose sera alors, comme le suppose l'article 1264, là où elle doit être payée; le débiteur pourra, par conséquent, profiter du bénéfice de la loi (2).

Que faut-il décider si, en vertu de la convention, le payement doit se faire au domicile du créancier? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Un premier point nous paraît certain : on ne peut pas appliquer l'article 1264 en tant qu'il permet au débiteur de remplacer l'offre réelle par une sommation d'enlever la chose là où elle est; ce serait porter atteinte au droit du créancier : le payement devant se faire à son domicile, l'offre qui tient lieu de payement doit aussi se faire chez lui. Mais que fera le débiteur si le créancier refuse de recevoir la chose? Doit-il après cela la consigner, en demandant au tribunal de désigner le lieu du dépôt? Sur ce point, il y a quelque doute à cause du silence de la loi, il faut procéder par analogie; or, l'article 1264, qui permet au débiteur de laisser la chose là où doit se faire le payement, est inapplicable, car la chose doit être livrée au

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 729, n° 1387.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 409, n° 208 *bis* I

domicile du créancier, et celui-ci la refuse. Il faut donc qu'elle soit déposée ailleurs; et dès qu'elle doit être déposée ailleurs, il y a consignation; et comme il n'y a pas de dépôt officiel, le débiteur devra s'adresser au juge pour qu'il indique le lieu où le dépôt se fera (1).

§ IV. *Des dettes de choses indéterminées.*

191. On dit que la loi ne prévoit pas le cas où la dette a pour objet des choses indéterminées, par exemple telle quantité de blé ou de vin; et on en conclut généralement qu'il faut appliquer par analogie les formes prescrites par l'article 1264. Nous croyons que la prémisse n'est pas tout à fait exacte. Les articles 1258 et 1259 sont conçus en termes généraux, ils ne sont pas limités au cas d'une dette d'argent; on doit donc les appliquer à toutes les dettes, sauf celles pour lesquelles la loi fait exception; or, il n'y a d'autre disposition exceptionnelle que celle de l'article 1264, et celle-là est étrangère à notre hypothèse. Le texte même du code civil et du code de procédure prouvent que les dispositions concernant les offres sont générales et doivent recevoir leur application aux dettes de choses fongibles. Il est vrai que l'article 1258, en parlant des choses dues, dit que les offres doivent être de la totalité de la *somme* exigible. Mais le code de procédure a expliqué la disposition du code civil dans des termes qui ne laissent aucun doute. « *Tout* procès-verbal d'offres, dit l'article 812, désignera l'*objet* offert; et si ce sont des *espèces*, il en contiendra l'énumération et la qualité. » Il y a donc lieu à offres quand la dette a pour objet soit des *sommes*, soit d'autres *objets*; cette expression ne peut se rapporter qu'aux choses indéterminées ou fongibles, puisque les dettes de corps certains sont régies par la disposition spéciale de l'article 1264. Cela décide la question; il faut appliquer l'article 1258, parce qu'il contient la règle, et on ne peut pas appliquer l'article 1264, parce qu'il consacre une exception.

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 409, n° 208 *bis* II. Comparez Marcadé, t. IV, p. 568 n° II de l'article 1264.

Dans l'opinion contraire, on objecte que les dettes de choses indéterminées deviennent des dettes de corps certains par l'offre que le débiteur en fait lors de la sommation qu'il adresse au créancier de les enlever; on n'enlève pas des choses indéterminées, donc la dette est déterminée et, par conséquent, l'article 1264 est applicable. L'objection implique une erreur, et nous sommes étonné de la voir reproduite par Marcadé, qui aime tant à relever les erreurs des autres. Sans doute, par le payement la chose cesse d'être indéterminée, mais pour qu'il y ait payement, il faut le concours de volonté du créancier; tandis que la sommation que le débiteur adresse au créancier implique le refus préalable du créancier, et la question que nous discutons suppose qu'il persiste dans son refus. Dès lors on ne peut pas dire que la chose due au créancier soit un corps certain, le créancier l'a répudiée à ce titre; pour lui la dette reste ce qu'elle était, la dette d'une chose indéterminée. On n'est donc pas dans le cas de l'article 1264, on est dans le cas de l'article 1258.

On insiste sur les inconvénients que présentent les offres réelles quand ce sont des quantités considérables qui doivent être transportées au domicile du créancier. L'inconvénient est réel, et la loi aurait dû en tenir compte, et organiser des offres spéciales pour des dettes qui, quoique étant fongibles, diffèrent des dettes d'argent; mais le législateur n'a admis d'autre exception que celle de l'article 1264 : en admettre une autre, c'est créer une exception, et l'interprète n'a point ce droit. Il suffit de lire Marcadé pour se convaincre que les interprètes font la loi. L'auteur commence par avouer que le texte est favorable à l'opinion qu'il combat; cela suffit pour trancher la difficulté. Non, dit Marcadé : la loi entendue littéralement est absurde; là-dessus il se met à *effacer* et à *ajouter*, comme s'il était législateur. Est-ce là la mission de l'interprète? Mourlon dit très-bien : Il ne s'agit pas de savoir si la loi est ou non rationnelle, il s'agit de savoir ce qu'elle décide (1).

(1) Mourlon, t. II, p. 730, n° 1388. Colmet de Santerre, t. IV, p. 409,

192. La loi aurait aussi dû régler comment se fait la consignation. On ne peut pas déposer la chose due à la caisse des dépôts. Il faut donc que le débiteur s'adresse au tribunal, lequel indiquera le lieu où les choses offertes devront être déposées.

§ V. *De l'effet des offres.*

N° 1. DE L'EFFET DES OFFRES INDÉPENDAMMENT DE LA CONSIGNATION.

I. *A l'égard des créanciers.*

193. Nous supposons que le créancier refuse les offres ; s'il les accepte, il y a payement, et par conséquent extinction définitive de la dette. Si le créancier refuse les offres, il ne peut s'en prévaloir contre le débiteur; par son refus ces offres sont censées ne pas exister, en sa faveur du moins, elles ne peuvent donc produire aucun effet contre le débiteur. La jurisprudence est en ce sens. Quand le débiteur d'une rente constituée fait des offres de rembourser le capital, et que le créancier les refuse, il ne peut pas après cela invoquer ces offres pour exiger le remboursement. La cour de Lyon avait néanmoins condamné le débiteur à rembourser; c'était méconnaître un principe élémentaire de droit : des offres refusées ne peuvent pas lier celui qui les a faites. L'arrêt a été cassé (1).

Le débiteur est condamné à des dommages-intérêts à dire d'experts : il offre une somme de 2,000 francs que le créancier refuse. On procède à l'expertise et la créance est évaluée à 1,900 francs. Le créancier prétendit que le défendeur était lié par ses offres : sa prétention a été rejetée par la cour de Colmar (2).

Un commettant, civilement responsable du fait de son

n° 208 *bis* III. En sens contraire, Marcadé, t. IV, p. 556, 557 et 569. C'est l'opinion générale (Aubry et Rau, t. IV, p. 196, note 21, § 322).

(1) Cassation, 3 janvier 1809 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2144, 1°).

(2) Colmar, 3 mai 181' (Dalloz, n° 2145, 2°).

préposé, offre à la partie lésée des dommages-intérêts. Le créancier les refuse. Dans l'espèce, on soutenait que ces offres avaient libéré l'auteur du fait dommageable à l'égard du créancier. Si des offres refusées ne peuvent pas être invoquées par le créancier, on ne peut pas non plus les invoquer contre lui, en ce sens qu'elles lui enlèvent un droit qu'il tenait du fait dommageable. Le quasi-délit, dans l'espèce, lui donnait deux actions, l'une contre le préposé, auteur du fait dommageable, l'autre contre le commettant, civilement responsable. De ce qu'il refusait les offres que lui faisait l'un des débiteurs, on ne pouvait certes pas inférer qu'il renonçait à son droit contre l'autre. Cette singulière prétention fut cependant portée jusque devant la cour de cassation; il va sans dire qu'elle fut rejetée (1).

194. Des offres refusées restent un acte purement unilatéral; elles ne lient pas celui qui les a faites, il peut les rétracter, et s'il les rétracte, elles sont considérées comme non avenues. Le débiteur fait des offres, en les subordonnant à une condition formelle. Pour qu'elles lient le débiteur, il faut que le créancier les accepte telles qu'elles ont été faites, c'est-à-dire avec la condition sans laquelle le débiteur n'aurait pas fait les offres; tant qu'il n'y a point d'acceptation régulière, le débiteur n'est pas lié, partant il peut rétracter ses offres (2). D'ordinaire la question se présente après que les offres ont été consignées; nous allons y revenir. La consignation, par elle seule, ne lie pas plus le débiteur que les offres, puisque c'est aussi un acte unilatéral; les droits du débiteur sont donc les mêmes : il peut retirer les fonds qu'il a consignés, si les offres sont refusées (3).

195. Les offres ont cependant un effet; en supposant qu'elles soient régulières, elles constituent le créancier en demeure, en ce sens qu'il est en faute de les avoir refusées. De là suit que si, malgré les offres, il continue les poursuites qu'il avait commencées, il doit non-seulement

(1) Rejet, 29 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 221).
(2) Lyon, 31 juillet 1849 (Dalloz, 1852, 2, 104).
(3) Bourges, 30 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 52).

en supporter les frais, mais il sera encore tenu des dommages-intérêts envers le débiteur. Vainement opposerait-il que le débiteur n'a point consigné; la consignation est nécessaire pour qu'il y ait libération ; or, le débiteur ne prétend pas qu'il est libéré, les intérêts continuent à courir, la dette subsiste; mais le créancier ne peut pas continuer des poursuites alors qu'on lui offre ce qui lui est dû. Quant à la consignation, elle peut toujours se faire dès qu'il y a eu des offres, la loi ne fixant aucun délai dans lequel elles doivent être faites. Il y a un arrêt de la cour de Liége en ce sens (1); à notre avis la question n'est pas douteuse.

II. *A l'égard du débiteur.*

198. Les offres, quoique non suivies de consignation, suffisent pour que le débiteur n'encoure pas les déchéances dont il était menacé s'il ne payait point à l'échéance de la dette. Pour les déchéances proprement dites, il faut même aller plus loin ; à notre avis, il n'y a lieu de remplir les formes prescrites pour les offres, que lorsqu'une dette doit être payée; quand un droit doit être exercé dans un délai fatal, il n'est pas nécessaire que celui qui veut l'exercer fasse des offres réelles proprement dites, il suffit qu'il manifeste la volonté sérieuse d'user de son droit : nous reviendrons sur ce point en traitant de la faculté de rachat. Si une dette doit être payée sous une peine fixée par la convention, pour le simple retard, alors le débiteur doit faire des offres réelles. Au cas où le créancier refuserait son payement, les offres suffisent, quoiqu'elles n'aient pas été suivies de consignation. On ne peut pas dire que le débiteur soit en retard, ni par conséquent en demeure pour n'avoir pas payé, puisqu'il a offert de payer ce qu'il doit. C'est le créancier qui est en faute et en demeure. Il est vrai que les offres ne tiennent lieu de payement que lorsqu'elles ont été suivies de consignation, et que le débiteur n'est

(1) Liége, 16 janvier 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 39).

libéré qu'à partir de la consignation; et l'on pourrait en induire que le débiteur, n'ayant pas payé, est tenu de la peine. Ce serait mal raisonner. La peine est encourue par la demeure. La demeure implique que le débiteur est en retard et que ce retard est injuste; or, loin d'être en retard, il a offert au créancier ce qu'il lui doit, c'est le créancier qui est en demeure, c'est par son refus injuste que le payement n'a pas eu lieu; il est en faute et il en doit supporter les conséquences (1).

197. Les offres réelles suffisent-elles pour empêcher la demeure? La question est controversée. Il y a un cas dans lequel tous les auteurs sont d'accord. Lorsque le contrat porte que sans qu'il soit besoin de sommation, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure, il suffit que le débiteur fasse des offres pour qu'il n'encoure pas la demeure. L'échéance du terme ne peut pas constituer le débiteur en demeure, puisque avant cette échéance il a offert au créancier ce qu'il lui doit : il n'est pas en retard, et comment sans retard y aurait-il demeure, alors que la demeure n'est autre chose que le retard injuste? Le débiteur est encore constitué en demeure par une sommation ou une assignation (art. 1139), et il est de plein droit en demeure lorsque la chose qu'il s'oblige de donner ne pouvait être livrée que dans un certain temps qu'il a laissé passer. Est-ce que les offres réelles empêchent le débiteur d'encourir la demeure, en vertu d'une sommation ou en vertu de l'article 1146? Quant à la demeure que le débiteur encourt en laissant passer le temps pendant lequel l'obligation pouvait être utilement exécutée, nous n'y voyons pas le moindre doute: ce cas rentre réellement dans celui qui est prévu par l'article 1139, c'est-à-dire que le terme dans lequel, sous peine de demeure, l'obligation doit être remplie, résulte de la nature de l'obligation, et rend toute stipulation inutile. Donc on doit appliquer le principe sur lequel les auteurs s'accordent, et ne pas considérer comme étant en

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 189, nº 220. Aubry et Rau, t. IV, p. 196, et note 22, § 322.

demeure le débiteur qui a offert la chose à un moment où elle pouvait encore être utilement payée. Cela est aussi fondé en raison : peut-on dire que le débiteur paye trop tard, alors qu'il a offert de payer et que le créancier a refusé?

Reste la demeure encourue par la sommation. Le débiteur fait des offres réelles qui sont refusées : le créancier peut-il le constituer en demeure par une sommation ou par une assignation? Nous croyons avec Toullier que les offres réelles préviennent toute demeure, par cela seul qu'elles constituent le créancier en demeure. Y a-t-il une raison pour que les offres empêchent la demeure dans deux cas et ne l'empêchent pas dans le troisième? Le créancier peut-il sommer le débiteur de remplir son obligation, alors que, par son refus injuste, il l'a empêché de la remplir? Le bon sens se révolte contre une prétention pareille, et nous croyons que le droit est d'accord avec la raison; il ne saurait y avoir de demeure là où il n'y a point de retard; le créancier ne peut pas constituer le débiteur en demeure, alors que lui-même est en demeure. On objecte que le débiteur qui a fait des offres réelles n'a pas fait tout ce que la loi lui impose; il doit encore consigner dans le plus court délai possible. Sans doute il doit consigner s'il veut être libéré, mais il ne prétend pas être libéré. Dira-t-on que par cela seul qu'il n'est pas libéré, le créancier peut le sommer de se libérer? Ici est l'erreur, à notre avis; si le débiteur n'est pas libéré, c'est par le refus injuste du créancier : peut-il sommer le débiteur de payer ce que le débiteur lui a offert et ce qu'il a refusé? Il en résultera, dit-on, que le créancier n'aura aucun moyen de constituer le débiteur en demeure, quoique le débiteur ne consigne pas. Oui, toute demeure devient impossible par l'excellente raison qu'un acte authentique, le procès-verbal d'offres, constate que le débiteur n'est pas en retard; ce qui est décisif (1).

198. On suppose que le débiteur était en demeure au

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 189, n° 220, Larombière, t. III, p. 439, n° 6 de l'article 1257 (Ed. B., t. II, p. 285). En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 197, note 23, § 322.



moment où il a fait les offres : la demeure sera-t-elle purgée avant qu'il ait consigné? La question est controversée. On distingue généralement les dettes de corps certains et les dettes de sommes d'argent. Quand la dette est d'un corps certain, il n'y a aucun doute; les offres seules suffisent pour purger la demeure, par la raison que la loi n'exige pas que ces choses soient consignées. La conséquence est très-importante, c'est que le débiteur cesse de supporter les risques de la chose, et il n'est plus tenu des dommages-intérêts : en un mot, la demeure étant purgée, les effets de la demeure cessent. On objecte cependant l'article 1257 qui dit formellement que la *chose consignée* demeure aux risques du créancier, ce qui semble impliquer que la chose *offerte* reste aux risques du débiteur tant que la consignation n'en est pas pas faite. On répond que cette disposition n'est pas applicable à la dette d'un corps certain; elle s'applique à la dette d'une chose indéterminée, l'offre seule ne suffit point pour la mettre aux risques du créancier, car la chose offerte n'est pas la chose due, le créancier l'ayant refusée. La dette continue donc à avoir pour objet une chose indéterminée, et par suite il est impossible que le créancier supporte les risques : c'est seulement quand la chose est consignée qu'elle devient certaine et que le créancier en peut et en doit supporter le risque; tandis que, dans le cas de l'article 1264, la dette étant d'un corps certain, et le débiteur l'ayant offerte et mise à la disposition du créancier, il doit cesser d'en supporter le risque. Toutefois le débiteur d'un corps certain a intérêt à consigner, car tant qu'il ne l'a pas fait, il reste débiteur et, par conséquent, il est obligé de veiller à la conservation de la chose (1).

Si la dette est d'une chose indéterminée et notamment d'une somme d'argent, les effets de la demeure cessent-ils aussi quand le débiteur fait des offres sans qu'il consigne les choses offertes? La demeure produit deux effets

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 197, note 24, § 322. Larombière, t. III, p. 414, nº 10 de l'article 1257 (Ed. B., t. II, p. 2?6).

contre le débiteur : elle met la chose due à ses risques; en ce sens qu'il supporte la perte fortuite, et elle l'oblige à payer des dommages-intérêts au créancier. Quant aux risques de la chose offerte, il n'en peut être déchargé, par la raison que nous venons de dire. La chose restant indéterminée, malgré les offres, le débiteur ne peut pas dire qu'il est libéré par la perte de la chose, car la perte de la chose ne libère que lorsque l'obligation a pour objet un corps certain et déterminé (art. 1302). Reste à savoir si les intérêts moratoires continuent à courir. On dit que la question est décidée par l'article 1259, 2°; qui oblige le débiteur à payer les intérêts jusqu'au jour du dépôt. Ne peut-on pas répondre qu'il y a deux espèces d'intérêts, les intérêts compensatoires et les intérêts moratoires? Que le débiteur doive les intérêts compensatoires, cela est certain, car il conserve la jouissance de la somme qu'il a offerte, mais qu'il n'a point consignée : si donc il devait les intérêts en vertu de la convention ou de la loi, il doit continuer à les payer; il reste débiteur jusqu'à la consignation, ce qui est décisif. Mais les intérêts moratoires, il les doit uniquement à raison de sa demeure. La question est donc celle-ci : le débiteur reste-t-il tenu des obligations résultant de la demeure, alors qu'il a fait des offres réelles? Les offres purgent la demeure; on ne peut pas dire que le débiteur soit en demeure, alors qu'il offre au créancier ce qu'il lui doit. Et la cause cessant, les effets doivent cesser : le débiteur devra les intérêts pour le temps de la demeure, il ne les devra plus à partir de ses offres. Si le débiteur avait fait des offres avant d'être mis en demeure, il n'aurait pas encouru la demeure, il n'aurait pas été tenu de payer les intérêts. Conçoit-on qu'il doive des intérêts à raison du retard injuste qu'il a mis à remplir son obligation, alors que ce retard n'existe plus et qu'il y a refus injuste du créancier? La raison proteste contre une pareille doctrine : dès que j'offre ce que je dois, ce que le créancier refuse injustement, c'est lui qui doit supporter les conséquences de son refus. Dira-t-on que je ne suis pas libéré par mes offres et qu'il ne tient qu'à moi de consigner la chose due? Cela

est vrai; aussi serai-je tenu de toutes les obligations qui incombent au débiteur, mais il implique contradiction que je sois tenu des obligations qui résultent de mon retard, alors que je ne suis plus en retard. Il n'y a qu'une objection sérieuse, c'est le texte de l'article 1259, 2°. La loi parle des intérêts, sans distinguer les intérêts moratoires et les intérêts compensatoires : et peut-on distinguer là où la loi ne distingue pas? Oui, on le peut et on le doit, quand les principes commandent la distinction; et dans l'espèce, il serait contraire à tout principe de faire supporter au débiteur les conséquences du refus injuste du créancier (1).

199. Les offres réelles, quand elles ne sont pas suivies de consignation, ne libèrent point, l'article 1257 n'attache la libération qu'aux offres suivies de consignation. Cela est très-logique. Pour que les offres tiennent lieu de payement, il faut qu'elles aient, à l'égard du débiteur et du créancier, le même effet que le payement véritable. Or, quand le débiteur paye, il se dépouille de la chose due et cesse, par conséquent, d'en profiter; par contre, la chose est mise dans la main du créancier, lequel en dispose comme il le veut. Or, les offres seules ne dépouillent pas le débiteur, il conserve la chose due, il continue à en jouir, et le créancier n'en peut disposer. Il n'y a donc dans le fait des offres aucune des conditions du payement, partant le débiteur ne peut pas être libéré (2).

On a prétendu que l'article 816 du code de procédure avait dérogé, en ce point, au code civil, en rétablissant un usage qui existait dans l'ancien droit et que le code civil avait abrogé. Au Châtelet de Paris, le débiteur réitérait ses offres à l'audience en présentant la chose due. Cette seconde offre s'appelait la *réalisation*, et elle avait

(1) En sens contraire, Aubry et Rau, et les auteurs qu'ils citent, t. IV, p. 197, et note 25, § 322. Remarquons que les auteurs combattent l'opinion de Toullier qui n'est pas la nôtre. Toullier dit que le débiteur est libéré à partir des offres quand il consigne ; nous enseignons le contraire (n° 200). La question que nous discutons pour le moment, concerne uniquement les effets de la demeure : cessent-ils ou ne cessent-ils pas quand le débiteur fait des offres réelles?

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 396, n° 202 *bis* II.



pour effet de libérer le débiteur. Or, voici ce que dit l'article 816 : « Le jugement qui déclarera les offres valables ordonnera, dans le cas où la consignation n'aurait pas encore eu lieu, que, faute par le créancier d'avoir reçu la somme ou la chose offerte, elle sera consignée; il prononcera la cessation des intérêts, du jour de la *réalisation.* » Voilà le mot traditionnel, dit-on; donc aussi l'usage. Cette opinion n'a aucun appui dans nos textes ni dans l'esprit de la loi; nous n'en aurions rien dit si Merlin ne l'avait soutenue et si M. Valette n'avait essayé de lui rendre quelque faveur. Cela prouve, comme nous l'avons dit plus d'une fois, que Merlin est l'homme de la tradition avant tout; et cela prouve encore qu'il faut se défier des théories que les auteurs modernes cherchent à introduire dans le code, en invoquant l'ancien droit, alors que le législateur a formellement innové. L'article 1257 dit que le débiteur n'est libéré que par les offres suivies de consignation, et l'article 1259 l'oblige à payer les intérêts jusqu'au dépôt. Est-ce que le code de procédure dit le contraire? Il ne s'y trouve rien de l'ancienne formalité de réalisation; si le mot est reproduit par l'article 816, c'est comme synonyme de *consignation* et pour ne pas répéter ce mot dont le législateur venait de se servir. Quant à l'esprit de la loi, l'orateur du Tribunat a dit en toutes lettres que le mot *réalisation* signifiait le dépôt; que l'on n'avait pas voulu déroger à l'article 1259 et que la consignation seule opérait la libération. Les principes les plus élémentaires suffisent pour le décider ainsi : la *réalisation* ne dessaisissait pas le débiteur, elle ne saisit pas le créancier, donc elle ne peut tenir lieu de payement; et tant que la dette principale n'est pas éteinte, les intérêts doivent courir, sauf, dans notre opinion, les intérêts moratoires (1).

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 198, note 26, § 322. Colmet de Santerre, t. V, p. 397, n° 202 *bis* IV. En sens contraire, Merlin, Pigeau et Valette (Mourlon, t. II, p. 727, n° 1384).

N° 2. DES OFFRES RÉELLES SUIVIES DE CONSIGNATION.

200. Aux termes de l'article 1257, « les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur. » Quel est le sens de cette disposition? On peut l'interpréter de deux manières. Les offres réelles libèrent le débiteur, pourvu qu'elles soient suivies de consignation; de sorte que si le débiteur consigne, il est libéré à partir des offres. Non, dit-on, dans une autre opinion; le débiteur n'est libéré que lorsque les offres réelles sont suivies de consignation, il n'est donc libéré qu'à partir de la consignation. C'est cette dernière interprétation qui est généralement admise, et nous croyons que c'est la bonne. La suite de l'article 1257 le prouve : « elles tiennent lieu, à son égard, de payement lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi *consignée* demeure aux risques du créancier. » C'est donc seulement à partir de la consignation que le débiteur est déchargé des risques, en ce sens qu'il n'est plus débiteur, les offres suivies de consignation équivalant au payement. L'article 1259 confirme cette interprétation; il veut que le débiteur se dessaisisse de la chose offerte, en la remettant dans une caisse publique *avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt*. Cette disposition est décisive : si le débiteur doit les intérêts jusqu'au jour où il fait la consignation, c'est que la dette subsiste, car on ne concevrait pas que la dette éteinte produisît encore des intérêts. Enfin le code de procédure est conçu dans le même sens; l'article 816 porte que le jugement qui déclarera les offres valables, prononcera la cessation des intérêts, du jour de la réalisation, c'est-à-dire du jour de la consignation, comme l'a expliqué l'orateur du Tribunat. Tarrible dit formellement que le code de procédure ne fait qu'appliquer le code civil et que, d'après ce code, le débiteur n'est libéré que par la consignation. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Les offres tenant lieu de payement, doivent aussi être l'image du payement. Or, le payement dessaisit le débiteur et saisit le créancier, donc il en doit être de même des offres; de là suit que le

débiteur ne peut être libéré que lorsqu'il s'est dessaisi de la chose en la consignant, ce qui met la chose offerte à la disposition du créancier (n° 199) (1). La jurisprudence est en ce sens (2).

201. L'article 1257 dit que les offres réelles suivies de consignation *tiennent lieu de payement*. Ce n'est donc pas un payement véritable. Pothier le dit, les auteurs du code n'ont fait que formuler son opinion en d'autres termes : « La consignation n'est pas proprement un payement, car le payement renferme essentiellement la translation de la propriété de la chose qui est payée en la personne du créancier. Or, il est évident que la consignation ne transfère pas la propriété de la chose consignée en la personne du créancier, le créancier ne pouvant l'acquérir qu'en recevant volontairement la chose qui lui est offerte (3). » Personne ne devient propriétaire malgré lui. « Mais la consignation équipolle à un payement, et elle éteint la dette de même que l'éteindrait un payement réel qui serait fait au créancier. » Ceci est trop absolu. Les offres n'étant pas un payement réel et le débiteur restant propriétaire de la chose, il est impossible qu'elles produisent le même effet qu'un payement réel. Le code dit en quel sens la consignation tient lieu de payement : elle met la chose offerte aux risques du créancier, elle arrête le cours des intérêts. On peut ajouter qu'elle met le débiteur à l'abri de toute poursuite ; car si le créancier le poursuit, il peut lui opposer sa libération, en supposant que les offres et la consignation soient valables. Voilà les analogies ; voici la différence. Le payement éteint la dette d'une manière irrévocable et entraîne aussi l'extinction des garanties accessoires, telles que priviléges, hypothèques, cautionnement ; tandis que la consignation n'éteint pas la dette irrévocablément, Le débiteur restant propriétaire de la

(1) Duranton, t. XII, p. 353, n° 225. et tous les auteurs, sauf Toullier, t. IV, 1, p. 191, nos 221-225 (Aubry et Rau, t. IV, p. 197, note 25, § 322, et les auteurs qu'ils citent).

(2) Rejet, 1er mars 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2232, 1°). Liége, 12 janvier 1835 (*Pasicriste*, 1835, 2, 16); Bruxelles, 4 août 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 32).

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 573.

chose consignée, il a le droit de la reprendre; et s'il use de ce droit, il en résulte qu'il n'y aura pas de payement, la dette subsistera avec tous ses accessoires. Il nous faut donc voir jusqu'à quel moment le débiteur peut retirer la chose offerte et quand le payement devient irrévocable.

202. Les offres, quoique suivies de consignation, ne sont toujours que des offres; or, le créancier les refuse. Tant que ce refus subsiste, il ne peut pas y avoir de libération définitive. De là suit que le créancier qui persévère dans son refus conserve son droit d'agir contre le débiteur et de saisir ses biens; mais il le fait naturellement à ses risques et périls; le débiteur peut demander la nullité des poursuites en faisant valider ses offres; et si les offres et la consignation sont valables, le tribunal annulera les poursuites et condamnera le créancier à des dommages-intérêts. On a objecté l'article 815 du code de procédure, aux termes duquel le créancier peut demander la nullité des offres et de la consignation, et on en a conclu qu'il devait agir en nullité avant de continuer ses poursuites. La cour de cassation répond que la loi permet bien au créancier de demander la nullité des offres s'il ne les croit pas valables, mais elle ne le force pas à suivre cette marche; il a donc le droit de continuer ses poursuites, mais à ses périls et risques (1).

203. La consignation, tant que les offres ne sont pas acceptées, produit contre le créancier deux effets : la chose est à ses risques (art. 1257), et les intérêts cessent de courir (art. 1259, 2°). Cela suppose, bien entendu, que les offres et la consignation sont régulières. Nous avons déjà parlé des risques (n° 198). La disposition concernant les intérêts a donné lieu à une difficulté. On demande à partir de quel moment les intérêts cessent de courir. Les conditions exigées pour la validité de la consignation laissent quelque doute : en cas de non-comparution du créancier, le procès-verbal du dépôt lui doit être signifié avec sommation de retirer la chose déposée (art. 1259, 4°). Donc, dit-on, la consignation n'est valable que lorsque la

(1) Rejet, 4 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*. n° 2238).

signification a été faite, et partant les intérêts doivent courir jusqu'au moment où le débiteur a signifié le procès-verbal au créancier; c'est seulement à partir de ce moment que le créancier est mis en demeure de demander la nullité de toute la procédure. On répond, et la réponse nous paraît péremptoire, que le débiteur est libéré par la consignation (art. 1257), donc à partir du dépôt; c'est donc à partir du dépôt que les intérêts doivent cesser de courir; c'est ce que dit, en effet, le n° 2 de l'article 1259: si la loi veut de plus la signification du procès-verbal, c'est pour apprendre au créancier que le dépôt a été fait; cette signification, nécessitée par la non-comparution du créancier, ne peut porter aucun préjudice au débiteur. C'est l'opinion commune (1).

204. Le débiteur peut retirer la consignation, dit l'article 1261, tant qu'elle n'a pas été acceptée par le créancier. A-t-il ce droit alors même que les espèces auraient augmenté de valeur, ou que le prix de l'argent aurait haussé? L'affirmative est certaine, car le droit de retirer la chose consignée appartient au débiteur en sa qualité de propriétaire; ce sont donc ses espèces qui ont augmenté de valeur, le créancier n'y a aucun droit, puisqu'il les a refusées. Il y a cependant ici une apparente contradiction : la chose déposée est aux risques du créancier, et n'est-il pas de principe que celui qui supporte les risques doit aussi profiter des avantages? La raison de cette anomalie est que le débiteur est libéré, s'il le veut, en remplissant les formalités prescrites par la loi; donc il ne peut plus être tenu des risques. Quant aux avantages, il ne tient qu'au créancier d'en profiter en acceptant les offres, mais il ne peut pas tout ensemble refuser la chose déposée et réclamer le bénéfice de l'augmentation de valeur qu'elle a éprouvée : là serait la véritable contradiction (2).

205. L'article 1261 ajoute que si le débiteur retire la consignation, ses codébiteurs et les cautions ne sont point libérés. De là la question de savoir si les codébi-

(1) Duranton, t. XII, p. 354 et suiv., n° 225. Aubry et Rau, t. IV, p. 198, note 26, § 322.
(2) Duranton, t. XII, p. 359, n° 231. Aubry et Rau, t. IV, p. 199 et note 30.

teurs et les cautions peuvent s'opposer à ce que le débiteur retire la chose consignée. C'est une question que l'on ne devrait pas même poser. Le débiteur, en retirant la chose dont il a conservé la propriété, use d'un droit, et il ne lèse le droit de personne; les cautions et les codébiteurs seraient certes intéressés à ce que la consignation ne fût pas retirée, mais cet intérêt n'est pas un droit, ils ne peuvent donc pas l'opposer au débiteur. Jaubert, le rapporteur du Tribunat, en fait la remarque, et il indique en même temps aux tiers un moyen de sauvegarder leurs intérêts. « Ils se plaindraient en vain, dit-il, les droits du créancier sont demeurés intacts envers eux; et si le débiteur devient insolvable, ils doivent s'imputer de n'avoir pas fait contre lui les diligences nécessaires, de n'avoir pas formé opposition sur la somme. Ne pouvaient-ils pas, d'après les principes généraux, exercer les droits et actions de leur débiteur et faire juger la consignation bonne et valable, ce qui aurait éteint entièrement le droit du créancier ? » (1).

206. Si le débiteur retire la consignation, la dette subsiste ; on peut dire qu'elle revit (2), puisque la consignation avait libéré le débiteur. Par suite les accessoires de la dette revivent également. Ceci prouve que la libération n'a pas été définitive; si elle l'avait été, le débiteur pourrait bien renoncer au bénefice de la libération en ce qui le concerne, mais il ne pourrait pas faire revivre une dette éteinte au préjudice des droits acquis à des tiers. En réalité, il n'y a pas de droit acquis, parce que la libération n'était pas définitive; voilà pourquoi, comme le dit Jaubert, les codébiteurs et les cautions n'ont pas le droit de se plaindre. Dans l'ancien droit, la question de savoir si les codébiteurs et les cautions restaient tenus, alors que le débiteur retire la consignation, était controversée. On disait en leur faveur que la consignation les avait libérés et qu'il ne pouvait être au pouvoir du débiteur de faire revivre leur obligation. Néanmoins la jurisprudence s'était

(1) Jaubert, Rapport, n° 26 (Locré, t. VI, p. 212). Duranton, t. XII, p. 360, n° 232.
(2) C'est l'expression de Zachariæ (Aubry et Rau, t. IV, p. 119, § 322).

prononcée contre eux; Pothier l'approuve, par la raison que la consignation n'est pas par elle-même un payement, qu'elle n'équipolle à un payement véritable que lorsque le juge l'a déclarée valable; de sorte que c'est de l'autorité du juge qu'elle tient la vertu qu'elle a d'équivaloir à un payement et d'éteindre la dette (1). Cela n'est pas exact, le langage du code est plus correct; aux termes de l'article 1261, le débiteur peut retirer la consignation tant qu'elle n'a point été acceptée par le créancier; c'est donc l'acceptation du créancier qui rend le payement définitif; ce qui est très-juridique, car il ne peut pas y avoir de payement véritable quand le créancier refuse les offres que le débiteur lui a faites.

207. On demande si les créanciers de celui qui a fait la consignation peuvent retirer les offres en vertu de l'article 1166 qui leur permet d'exercer tous les droits de leur débiteur. La question est controversée et il y a quelque doute. Il nous semble qu'il faut décider la question négativement, par application du principe que les créanciers ne peuvent pas exercer les droits de pure faculté (t. XVI, n° 424), c'est-à-dire les droits qu'il appartient au débiteur d'exercer ou de ne pas exercer, sans que l'on puisse dire qu'il diminue son patrimoine quand il reste dans l'inaction. La loi permet aux créanciers d'agir quand le débiteur néglige d'agir; or, on ne peut pas dire que le débiteur soit négligent quand il a le droit de ne pas agir. Si le débiteur ne retire pas la consignation, c'est qu'il veut être libéré, et certes c'est là un droit pour lui; et on ne peut pas dire qu'il diminue son patrimoine en maintenant la consignation, puisque, s'il la retirait, le créancier pourrait immédiatement le forcer à payer (2).

Tout le monde admet que les créanciers du créancier peuvent former opposition sur la chose consignée. Ces oppositions valent et contre le créancier qui ne peut recevoir à leur préjudice et contre le débiteur qui a consigné,

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 580. Colmet de Santerre, t. V, p. 406, n° 206 *bis* II.

(2) Larombière, t. III, p. 477, n° 2 de l'article 1261 (Ed. B., t. II, p. 300). Aubry et Rau, t. IV, p. 199, note 32, § 322. En sens contraire, Duranton, t. XII, p. 265, n° 237; Colmet de Santerre, t. V, p. 406, n° 206 *bis* I.

comme acceptation de la consignation jusqu'à concurrence des causes de la saisie. De là suit que le débiteur ne peut plus retirer la consignation que pour ce qui excède les causes des oppositions (1).

208. Le débiteur ne peut plus retirer la consignation après que le créancier l'a acceptée. Cette acceptation peut être volontaire ou forcée. L'article 1261 suppose que le créancier l'accepte volontairement. Il importe de préciser le moment où le débiteur peut encore retirer la chose consignée et celui où le créancier peut encore l'accepter. Un avis du conseil d'Etat du 16 mai 1810 a décidé que le receveur de la caisse où la consignation a été faite est tenu de la rendre au débiteur qui en réclame la restitution, toutes les fois qu'elle n'a été accompagnée ou suivie d'aucune acceptation ou opposition dûment signifiée. Il suit de là que l'offre est retirée dès que le débiteur a adressé au receveur de la caisse la demande officielle en remise des choses déposées; donc, après ce moment, le créancier ne peut plus accepter, parce qu'il n'y a plus rien à accepter, les offres ayant été légalement retirées. Cela n'est pas douteux, quoiqu'il y ait un arrêt qui semble décider le contraire (2).

209. L'acceptation peut être forcée. Il est de principe que les jugements tiennent lieu de convention. Lors donc qu'un jugement a déclaré la consignation valable, elle est censée acceptée par le créancier et, par suite, le payement est définitif, le débiteur ne peut plus retirer les offres. L'article 1262 le dit : lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement qui déclare ses offres et sa consignation bonnes et valables. Il en serait de même si, sur une demande en nullité des offres, le tribunal les avait validées; la raison de décider est la même. Mais, dans tous les cas, il faut que le jugement soit passé en force de chose jugée (art. 1262). Quand une décision judiciaire a-t-elle force de chose jugée? Cette expression a un sens technique : elle s'entend d'un jugement qui ne peut être

(1) Larombière, t. III, p. 478, n° 2 de l'article 1261 (Ed. B., t. II, p. 300).
(2) Paris, 29 juin 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2147, et les observations de l'auteur du *Répertoire*).



réformé par une voie légale, donc un jugement contre lequel il n'y a ni opposition ni appel. Cela peut arriver dans deux cas. Le jugement est contradictoire, et il est rendu en premier et en dernier ressort à raison du montant pécuniaire du litige; tout est consommé dans ce cas, le jugement vaut acceptation; donc il y a payement définitif, il ne peut plus être question de retirer les choses déposées qui sont devenues la propriété irrévocable du créancier. Le jugement est rendu par défaut; dans ce cas, il ne devient définitif que lorsque le délai pour former opposition est écoulé sans que la partie condamnée ait usé de son droit. Si le jugement est contradictoire, mais susceptible d'appel, il n'acquiert force de chose jugée que par l'acquiescement de la partie condamnée, ou par l'expiration du délai d'appel, ou par la confirmation sur appel. Tel est le droit commun, et le code n'y dérogeant pas, il reçoit son application en matière d'offres (1).

Le débiteur peut-il retirer la consignation pendant les délais pour former opposition ou appel? On suppose que le jugement a déclaré les offres bonnes et valables. Si c'est sur la demande du débiteur, le créancier seul a le droit de former opposition ou appel; s'il attaque le jugement rendu contre lui, le jugement tombe et, par conséquent, rien n'empêche le débiteur de retirer ses offres; si le créancier ne l'attaque pas, le jugement rendu en faveur du débiteur a provisoirement force de chose jugée à son égard; il ne peut donc plus retirer les offres, il y a une convention que le créancier seul peut attaquer. Que si le jugement a été rendu sur une demande en nullité du créancier, et si le jugement a validé les offres, il y aura également convention provisoire, puisque le créancier seul a le droit d'attaquer le jugement; il est vrai que, dans ce cas, le débiteur n'a pas agi, mais il a défendu, ce qui revient au même (2).

210. Quand les offres ont été acceptées, soit volon-

(1) Duranton, t. XII, p. 362, n° 236. Colmet de Santerre, t. V, p. 408, n° 207 *bis* IV; Aubry et Rau, t. IV, p. 200, notes 33 et 34, § 322.

(2) Mourlon, t. II, p. 729, n° 1386. Colmet de Santerre, t. V, p. 408, n° 207 *bis* V.

tairement, soit forcément, le payement est définitif, le débiteur ne peut plus retirer la chose offerte. La loi prévoit cependant le cas où le débiteur retire la consignation avec le consentement du créancier. Quel sera l'effet de cette reprise? L'article 1262 porte que le débiteur ne peut, même du consentement du créancier, retirer la consignation, au préjudice des codébiteurs ou des cautions. Cela est évident : il y a payement définitif, donc extinction de la dette et, par suite, libération définitive des cautions et des codébiteurs. Le créancier peut bien autoriser le débiteur à reprendre la chose payée, mais les parties ne peuvent pas faire revivre une dette éteinte par le payement, au préjudice des tiers. Les cautions et les débiteurs restent donc libérés. Il faut ajouter que les priviléges et hypothèques sont éteints; les tiers détenteurs sont libérés, les créanciers hypothécaires postérieurs peuvent se prévaloir de l'extinction de l'hypothèque qui les primait. C'est une conséquence incontestable de l'extinction de la dette.

Quel effet cette restitution de la chose payée aura-t-elle entre les parties? Le créancier était devenu propriétaire des choses données en payement; consentir à ce que le débiteur les retire, c'est lui céder la propriété des choses déposées. Il s'opère donc une nouvelle mutation de propriété, sous la condition que le débiteur paye ce qu'il devait en vertu de son obligation première. Ainsi cette obligation ne revit pas, cela est impossible, puisqu'il y a un fait consommé. C'est donc une nouvelle obligation qui se forme. Tel est le sens de l'article 1263. La loi suppose que la première dette était garantie par des priviléges ou des hypothèques; le créancier qui a consenti à ce que le débiteur retirât la consignation peut-il exercer ces priviléges ou hypothèques? Non, dit la loi. Et pourquoi ne le peut-il pas? C'est parce que ses garanties accessoires sont éteintes. Et pourquoi sont-elles éteintes? Parce que la dette principale est définitivement éteinte. Il y a cependant un motif de douter. L'article 1263 dit que le créancier ne peut plus, pour le *payement de sa créance*, exercer les priviléges et hypothèques qui y étaient attachés. Cela

suppose que l'ancienne créance subsiste. Si l'on interprète la loi en ce sens, il faut dire qu'elle consacre une anomalie inexplicable (1). Il n'y a qu'un moyen de la concilier avec les vrais principes, c'est d'admettre que la créance est éteinte. L'article 1263 le dit implicitement en ajoutant que si le créancier veut avoir des garanties hypothécaires, il doit les stipuler dans l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée. Cet *acte* est la nouvelle convention qui s'est formée (2).

211. Quels sont les effets de la consignation quant aux obligations de la caisse? La caisse devient débitrice de la somme déposée et elle doit les intérêts à 3 pour cent, depuis le 61e jour à partir de la consignation. La somme consignée restant la propriété du débiteur, peut être saisie à la requête de ses créanciers : on applique, en ce cas, le droit commun qui régit les saisies-arrêts (3).

N° 3. DES FRAIS.

212. « Les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables » (art. 1260). Cette disposition a donné lieu à quelques difficultés qui tiennent à de mauvaises explications, à un malentendu, comme on l'a dit, plutôt qu'au fond (4). Cela prouve combien il importe de mettre la plus grande rigueur dans le raisonnement, sinon l'interprète crée des controverses là où il n'y a aucun doute. Le principe, en cette matière, est incontestable : c'est celui qui a occasionné les frais qui doit les supporter. Pour l'application du principe, il faut distinguer plusieurs hypothèses.

213. Le créancier accepte les offres au moment où

(1) L'article 1295 consacre une anomalie semblable. Les auteurs du code n'appliquent pas toujours les principes dans toute leur rigueur. Il est bon que l'interprète le fasse quand le texte ne s'y oppose pas absolument.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 407, n° 207 *bis* II et III. Aubry et Rau, t. IV, p. 200 et note 36, § 322.

(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 406, n° 206 *bis* I. Rejet, 6 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2243).

(4) Marcadé, t. IV, p. 563, art. 1260, n° II. Toullier, t. IV, 1, p. 188, n° 219. Duranton, t. XII, p. 352, n° 224. Larombière, t. III, p. 475, nos 1 et 2 de l'article 1260 (Éd. B., t. II, p. 299).

elles lui sont faites par l'officier ministériel. Ce n'est pas le cas prévu par l'article 1260; la loi suppose qu'il y a eu consignation; or, dans l'espèce, les offres étant acceptées, il n'y a pas lieu de consigner. Reste à savoir par la faute de qui l'on a dû faire des offres par l'intermédiaire d'un officier public. Si le débiteur s'est conformé à la loi, il n'y a pas de doute. L'article 1257 dit que « lorsque le créancier refuse de recevoir son payement, le débiteur peut lui faire des offres réelles. » Donc le débiteur doit commencer par faire des offres de gré à gré au créancier (n° 143). S'il l'a fait, et si le créancier a refusé de recevoir des offres amiables, il est certain que les frais sont à charge du créancier qui accepte les offres réelles ; car en acceptant des offres qui lui sont faites par acte d'huissier, il prouve qu'il a eu tort de refuser celles que le débiteur lui avait faites. Mais si le débiteur commence par faire des offres par un officier public, le créancier qui les accepte ne doit pas supporter les frais; il peut dire, et avec raison, que ces frais étaient inutiles et frustratoires, qu'il aurait accepté les offres amiables si le débiteur lui en avait fait; que si le débiteur a eu recours à la voie rigoureuse d'une signification, au lieu de s'adresser d'abord au créancier comme l'usage et la loi le veulent, il doit supporter les conséquences d'un procédé inconvenant tout ensemble et illégal.

Cela n'est point douteux. Mais il y a une difficulté de preuve. Qui doit prouver que le débiteur s'est adressé à son créancier et a éprouvé un refus avant de faire des offres réelles, ou qu'il ne lui a fait aucune offre amiable? Il faut appliquer le principe élémentaire écrit dans l'article 1315 : c'est au demandeur à prouver le fondement de sa demande. Comment la preuve se fera-t-elle? D'après le droit commun, puisque la loi n'y déroge point. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur le refus du créancier de recevoir son payement (n° 143).

On a proposé une distinction qui simplifierait la difficulté, si elle était admissible (1). Les dettes sont, en prin-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 404, n° 205 *bis* III.

cipe, quérables, c'est-à-dire que le payement doit se faire au domicile du débiteur, quand il s'agit de sommes d'argent ou de choses indéterminées. C'est donc au créancier à venir chercher son payement, dit-on ; le débiteur n'a pas de démarche à faire. S'il ne se présente pas chez le débiteur, celui-ci n'a pas d'offre à lui faire et il peut par conséquent faire immédiatement des offres réelles. Il nous semble que, dans cette opinion, on confond le payement volontaire avec les offres suivies de consignation. Régulièrement, sans doute, le créancier se présentera chez le débiteur pour recevoir ce qui lui est dû. Mais s'il ne le fait pas, en pourra-t-on induire qu'il refuse son payement? Car il faut un refus, aux termes de l'article 1257, pour justifier les offres réelles. Il se peut que le créancier ne se soit pas présenté, par négligence ou par oubli, ou qu'il ait eu un empêchement. Avant de recourir aux offres réelles, le débiteur doit donc avertir le créancier qu'il tient à sa disposition la chose due. C'est seulement quand le créancier refuse de répondre à cette invitation que le débiteur aura le droit de lui faire des offres réelles. Si donc, au jour de l'échéance, le débiteur faisait des offres par huissier, avant de s'être assuré si le créancier accepte ou refuse ce qu'il lui offre, il devrait supporter les frais, car le créancier a pour lui le texte de la loi, qui exige le refus de recevoir le payement, avant que le débiteur procède à une signification par huissier. Si la dette est portable, alors il n'y a aucun doute, c'est le débiteur qui doit prendre l'iniatitive des offres amiables.

214. Le créancier refuse les offres réelles; le débiteur consigne; et au moment où la consignation se fait, le créancier revient sur son refus et accepte. Il doit, dans ce cas, supporter les frais, car son acceptation tardive prouve qu'il a eu tort de refuser; il est en faute, donc il doit payer les frais que sa faute a occasionnés.

Si le créancier persiste dans son refus et que la consignation se fasse, on applique l'article 1260; les frais seront à la charge du créancier si les offres et la consignation sont valables; si elles sont nulles, elles sont par

cela même frustratoires et, par suite, le débiteur les supporte.

Il y a une dernière hypothèse que les auteurs ne prévoient point, sans doute parce qu'elle n'est point douteuse. Le débiteur retire la chose consignée; il révoque par là ses offres, par conséquent les frais sont à sa charge, quand même les offres et la consignation auraient été régulières. Le créancier ne peut pas supporter les frais d'une procédure qui ne lui profite pas.

ARTICLE 5. De la cession de biens.

§ Ier. *Notions générales.*

No 1. DÉFINITION ET CARACTÈRES.

215. « La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers » (art. 1265). Elle est volontaire ou judiciaire (art. 1266). La cession volontaire est celle que les créanciers acceptent volontairement (art. 1267). La cession judiciaire est celle qui se fait en justice, sur le refus des créanciers, quand le débiteur est malheureux et de bonne foi (art. 1268).

On a critiqué la définition que le code donne de la cession de biens. Elle ne convient pas à la cession *volontaire*, dit-on; car un débiteur, quand il est d'accord avec ses créanciers, peut, sans qu'il y ait à voir s'il est *hors d'état de payer ses dettes*, leur abandonner *tous* ses biens, ou une *partie* seulement. La définition, ajoute-t-on, ne convient pas à la cession *judiciaire*; car il ne suffit pas qu'un débiteur soit hors d'état de payer ses dettes pour qu'il ait le droit d'invoquer ce bénéfice, il faut encore qu'il soit *malheureux*, *de bonne foi* et *soumis à la contrainte par corps* (1).

Nous n'aimons pas les critiques injustes que l'on fait de la loi. Si l'on écoutait tous les reproches qu'on lui adresse, ce serait une œuvre si imparfaite, que l'on devrait

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 732, no 1391.

se hâter de la refaire; et ceux qui la critiquent souvent à la légère feraient-ils mieux? Il y a deux espèces de cessions qui diffèrent quant aux conditions exigées par la loi; mais elles ont aussi des caractères qui leur sont communs; ce sont ces éléments communs que le législateur a réunis dans la définition qu'il donne. Cela est très-logique. La cession est un seul et même fait juridique, qu'elle se fasse volontairement ou en justice; c'est ce que la loi marque en définissant la cession en général, sauf à indiquer ensuite les conditions diverses exigées pour chacune des deux cessions, conditions qui ne doivent pas entrer dans une définition. Reste à savoir si les traits généraux que l'article 1265 a réunis dans une définition générale sont exacts.

216. Est-il vrai que la cession doive comprendre *tous* les biens du débiteur? Non, dit-on, car le débiteur peut céder une partie de ses biens à ses créanciers, alors même qu'il est en état de payer ses dettes. Nous répondons que l'abandon qu'un débiteur ferait d'une partie de ses biens n'est pas une cession de biens, c'est une dation en payement. Et la différence entre ces deux actes juridiques est grande. Quand le débiteur est solvable, la cession de biens n'a plus de raison d'être. Le débiteur qui est en état de payer ses dettes les paye, soit en réalisant une partie de son avoir s'il n'a pas des fonds suffisants et s'il ne veut pas faire d'emprunt, soit en donnant une partie de ses biens en payement de ce qu'il doit : c'est ce qu'on appelle une *dation en payement*. Ce qui caractérise cette opération, c'est qu'elle est essentiellement translative de propriété et qu'elle tient lieu de payement. La dation en payement a les effets généraux de la vente, sauf quelques différences que nous indiquerons au titre de la *Vente*. Il en est tout autrement de la cession de biens. Elle suppose que le débiteur est hors d'état de payer ses dettes; l'article 1265 le dit, et le bon sens le dirait à défaut de la loi. Pourquoi le débiteur solvable se dépouillerait-il de ses biens alors qu'il est en état de payer ses dettes? Il en abandonnera une partie, dira-t-on. Soit, mais alors il fait un payement et non une cession de biens. La ces-

sion n'a pas pour objet de transférer aux créanciers la propriété des biens; l'article 1269 le dit de la cession judiciaire : elle leur donne seulement le droit de faire vendre les biens à leur profit. Ce que la loi dit de la cession judiciaire est vrai aussi de la cession volontaire. Dira-t-on que la cession est inutile si elle donne seulement aux créanciers le droit de vendre? Il est vrai que les créanciers ont le droit de saisir les biens de leur débiteur et d'en provoquer la vente forcée. Mais la saisie occasionne des frais considérables, et ces frais retombent sur les créanciers, puisqu'ils diminuent l'avoir de leur débiteur, lequel est déjà insuffisant pour les désintéresser complétement. Le débiteur et ses créanciers ont donc intérêt à éviter ces frais; il n'y a que deux moyens pour cela, ou permettre au débiteur de vendre de gré à gré et de liquider, ou de donner aux créanciers le mandat de vendre et de se distribuer le produit de la vente. Les créanciers préféreront généralement ce dernier parti, parce qu'ils sont mal disposés pour un débiteur qui ne remplit pas ses engagements. De là la cession de biens.

217. Il est donc de l'essence de la cession qu'elle comprenne tous les biens du débiteur. Les choses que la loi déclare insaisissables sont-elles comprises dans la cession? On décide généralement que le débiteur ne doit céder que ce que les créanciers peuvent saisir (1). Lorsque la cession se fait en justice, cela n'est guère douteux; quant à la cession volontaire, tout dépend des conventions qui interviennent entre le débiteur et ses créanciers. Dans le silence de l'acte, il faudrait admettre aussi que les choses insaisissables restent au débiteur; la cession est un bénéfice que les créanciers accordent au débiteur; il ne faut pas que la faveur soit plus rigoureuse que les voies de rigueur que la loi autorise. Le code de procédure énumère les choses qui ne peuvent pas être saisies (articles 581 et 592).

Sauf les choses insaisissables, la cession comprend tout

(1) Duranton, t. XII, p. 382, nº 258. Larombière, t. III, p. 497, nº 8 de l'article 1266 (Ed. B., t. II, p. 308).

ce qui appartient au débiteur. Il a été jugé, en matière de cession judiciaire, que le débiteur, marié sous le régime de la communauté, devait comprendre dans son bilan les revenus des propres de sa femme; en effet, ces revenus lui appartiennent comme chef de la communauté, ce sont ses biens (1). A plus forte raison le débiteur doit-il céder aux créanciers les biens de la communauté, meubles et immeubles, car il en est le propriétaire, le maître et seigneur, comme disaient nos anciennes coutumes; et le principe est encore vrai en droit moderne pour tout ce qui regarde les actes à titre onéreux.

218. Qu'arriverait-il si le débiteur cédait seulement une partie de ses biens et en transportait la propriété aux créanciers? Ce ne serait plus une cession de biens, ce serait une dation en payement. La dation en payement transporte la propriété des biens aux créanciers; il y a donc lieu à la perception des droits qui doivent être payés pour la transmission des biens mobiliers ou immobiliers. Si des immeubles ont été donnés en payement, il faut la transcription pour que les créanciers soient propriétaires à l'égard des tiers (loi hypoth., art. 1er). Ces biens deviennent le gage des créanciers, ils sont soumis à l'hypothèque légale et peuvent être grevés d'hypothèque. Rien de tout cela n'est vrai en cas de cession. Le débiteur reste propriétaire, il n'y a pas de mutation de propriété, pas de transcription, les créanciers de ceux auxquels les biens sont cédés n'y ont aucun droit; c'est seulement quand les biens seront vendus et que le prix sera distribué que les deniers entreront dans le patrimoine des créanciers auxquels la cession a été faite.

Ces principes sont incontestables lorsque la cession est judiciaire (2). Il en est de même de la cession volontaire; l'article 1267 est formel; il n'y a de cession de biens que lorsque le débiteur cède tous ses biens à ses créanciers;

(1) Bruxelles, 4 septembre 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 456, et Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2300, 2°). Comparez Duranton, t. XII, p. 375, n° 246.
(2) Rejet, chambre civile, 15 avril 1857 (Dalloz, 1857, 1, 160). Toullier, t. IV, 1, p. 204, n° 241. Larombière, t. III, p. 493, n° 4 de l'article 1267 (Ed. B., t. II, p. 307).



quand il n'en cède qu'une partie, c'est une dation en payement. On dira que les parties intéressées sont libres de faire ce qu'elles veulent; qu'elles peuvent, par conséquent, convenir que le débiteur ne cédera qu'une partie de ses biens, sans qu'il y ait dation en payement, ou qu'il les cédera tous, en transportant aux créanciers la propriété des biens qu'il leur cède. Sans doute les créanciers et le débiteur sont libres de faire telles stipulations qu'ils jugent convenables, et elles recevront leur exécution, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Mais il faut supposer que les parties contractantes comprennent ce qu'elles font; elles ne peuvent pas faire l'impossible, et il n'y a pas à craindre qu'elles fassent ce qui est contraire à leurs intérêts. Or, ce serait vouloir l'impossible que de dire qu'un acte qui n'est pas translatif de propriété, tel qu'est la cession, sera translatif de propriété, comme l'est la dation en payement. Une cession translative de propriété cesse d'être une cession. Les créanciers se garderont bien, en général, d'accepter le transport de propriété : il leur est inutile, puisque le mandat de vendre leur suffit, et s'ils doivent revendre, ils auront à payer de doubles droits de mutation.

219. Toullier dit que l'on ne doit pas confondre le contrat d'*abandonnement* avec le contrat d'*atermoiement*. Ce dernier contrat a pour objet d'accorder au débiteur des délais pour le payement; parfois il contient aussi une remise au profit du débiteur. L'atermoiement laisse au débiteur la propriété et l'administration de ses biens; il ne cède rien à ses créanciers, il obtient d'eux la faveur d'un délai, c'est le délai de grâce consenti par les créanciers, au lieu d'être accordé par le juge en vertu de l'article 1244. Il y a aussi un atermoiement qui est décrété par le juge, on l'appelle sursis. Le sursis n'est établi qu'en faveur des commerçants; nous renvoyons à la loi sur les faillites qui contient tout un titre sur cette matière (1).

(1) Albert Callier, *Des sursis de payement d'après la loi du* 18 avril 1851 (Gand, 1871).

N° 2. BUT ET EFFET DE LA CESSION.

220. La cession de biens s'appelle contrat d'abandonnement; le code consacre implicitement ce terme, en disant que la cession de biens est l'*abandon* qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers. Cela suppose que le débiteur transmet aux créanciers la possession de ses biens. Pour le mobilier, c'est une garantie contre le détournement; si le débiteur restait en possession, il faudrait un inventaire, formalité inutile et frustratoire, puisque le but de la cession n'est pas de donner aux créanciers la gestion permanente des biens de leur débiteur; l'abandon a pour objet de liquider l'avoir d'un débiteur insolvable, donc la vente du mobilier. Quant aux immeubles, l'abandon de la possession a encore un autre objet : les immeubles produisent des fruits naturels ou civils; en principe, les fruits appartiennent au propriétaire; quand le propriétaire abandonne ses biens à ses créanciers, il leur abandonne aussi les fruits à titre d'accessoire, car les fruits sont aussi le gage des créanciers. L'article 1269 le dit de la cession judiciaire; les créanciers ont le droit de percevoir les revenus jusqu'à la vente. Il en est de même de la cession volontaire, puisqu'il y a identité de raison, sauf stipulation contraire, si une pareille stipulation peut se supposer.

On demande ce que deviennent les fruits, c'est-à-dire à quels créanciers ils appartiennent. Lorsque tous les créanciers sont chirographaires, la question ne se présente point, les fruits seront versés dans la masse commune. Mais s'il y a des créanciers hypothécaires, les fruits seront-ils immobilisés à leur profit, comme cela se fait en cas de saisie immobilière (code de proc., art. 689)? La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour l'affirmative. Cette décision, fondée sur l'esprit de la loi, nous paraît très-juridique. La cession de biens se fait par le débiteur qui se trouve hors d'état de payer ses dettes (art. 1265), donc au moment où les créanciers vont saisir les biens du débiteur insolvable; elle a pour but de

prévenir la saisie qui est imminente. Donc elle doit procurer aux créanciers hypothécaires le même avantage que leur donne la saisie. Si les fruits n'étaient pas immobilisés, s'ils étaient attribués à la masse chirographaire, les créanciers hypothécaires ne consentiraient pas à la cession et procéderaient à la saisie, et qui en souffrirait? Les créanciers chirographaires; car les frais absorberaient une grande partie de la valeur des immeubles saisis et diminueraient, par conséquent, l'avoir de la masse, à laquelle revient l'excédant du prix lorsque les créanciers hypothécaires sont désintéressés. Les droits et les intérêts de tous exigent donc que les fruits soient immobilisés (1).

Les créanciers ayant la possession des biens, ce sont aussi eux qui les administrent. Déjà avant l'abandon ils pouvaient exercer tous les droits de leur débiteur (article 1166); ils conservent naturellement ce droit après l'abandon (2). Il a été jugé, par application de ce principe, que les créanciers ont le droit d'interjeter appel contre un jugement qui reconnaît à un tiers un privilége sur les biens abandonnés; les créanciers ont droit et intérêt d'agir, tandis que l'on conçoit l'inaction du débiteur après l'abandon qu'il a fait de ses biens (3).

221. Les créanciers, pour peu qu'ils soient nombreux, ne peuvent pas eux-mêmes administrer les biens abandonnés. Il est d'usage qu'ils constituent une *direction* par une convention que l'on appelle *contrat d'union*. En vertu de cette association, la gestion des affaires est confiée à des administrateurs qui portent le nom de syndics. Les attributions, les droits des syndics, les garanties des créanciers sont déterminés par le contrat d'union. Il paraît que cette administration répond rarement à l'attente des créanciers, à en juger par les plaintes des auteurs. Toulllier dit que les années se passent en délibérations, en discussions ruineuses, et qu'un beau jour on vient annoncer

(1) Grenoble, 20 juillet 1843, très-bien motivé (Dalloz, 1845, 2, 16). Limoges, 13 mars 1869 (Dalloz, 1870, 1, 217). Toullier, t. IV, 1, p. 203, n° 239.

(2) Liége, 25 novembre 1819, confirmé par la chambre de cassation, 4 novembre 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 231).

(3) Bourges, 6 mai 1851 (Dalloz, 1852, 5, 23).

aux créanciers que les frais ont absorbé tout l'actif. S'il en est ainsi, on conçoit, comme le dit M. Larombière, que les créanciers redoutent les contrats d'union plus que la déconfiture et la faillite (1). Que faire? Nous croyons que le vrai remède n'est pas dans l'union des créanciers; cette gestion sera toujours peu efficace, à moins que par hasard il ne se trouve un homme capable et honnête qui prenne en main les intérêts de tous. Il n'y a qu'un moyen d'empêcher la dilapidation du patrimoine du débiteur, c'est de corriger les lois de procédure; les formes sont la garantie des justiciables, mais quand on les multiplie à l'excès, comme le fait notre législation, elles tournent contre ceux qui sont obligés de s'adresser à la justice, en absorbant en frais le patrimoine qui devrait être le gage des créanciers. Mais si l'on veut réformer sérieusement la procédure, il faut commencer par abolir les officiers ministériels qui sont intéressés à perpétuer les abus. La question est capitale; c'est pour cela que nous ajoutons notre réclamation à la protestation de tous ceux qui tiennent à ce que la distribution de la justice ne soit pas une exploitation des justiciables.

222. Quels sont les pouvoirs des syndics? C'est le contrat d'union qui les détermine. Il résulte de la nature des choses que les syndics sont les représentants de la masse, ils agissent au nom de tous les créanciers unis; il faut donc appliquer les principes qui régissent le mandat. Les mandants sont liés par les actes que font leurs mandataires, quand ils restent dans les limites de leur mandat. Si les syndics dépassent leur pouvoir, s'ils agissent illégalement, les mandants, c'est-à-dire l'union des créanciers, peuvent attaquer leurs actes. Il a été jugé que les créanciers individuellement n'avaient pas ce droit; en effet, les syndics ne représentent pas chaque créancier, ils représentent tous les créanciers; si donc l'un des créanciers demande la nullité des actes faits par les syndics, il doit mettre tous les créanciers en cause (2).

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 207, n° 251. Larombière, t. III, p. 499, n° 12 de l'article 1267 (Ed. B., t. II, p. 318).
(2) Colmar, 20 février 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2282, 1°).

223. La cession donne aux créanciers le droit de faire vendre les biens du débiteur à leur profit, mais la vente se fait au nom du débiteur, parce qu'il reste propriétaire des biens cédés. Cela est de l'essence du contrat d'abandonnement. L'article 1269 le dit de la cession judiciaire, et on doit admettre le même principe pour la cession volontaire, sauf convention contraire. C'est ce que la cour de cassation a décidé en matière fiscale. Les premiers juges avaient interprété la cession en ce sens que la propriété des biens du débiteur était dévolue temporairement aux créanciers, à la charge de vendre. Un pareil contrat ne saurait être admis, à moins que la volonté des parties ne soit formelle, car il serait en opposition avec l'intérêt des créanciers, comme nous en avons déjà fait la remarque (n° 218). La loi du 22 frimaire an VII consacre les vrais principes (art. 68, § 4, n° 1); elle n'assujettit qu'à un droit fixe les abandonnements de biens soit volontaires, soit forcés, pour être vendus en direction; cela prouve, dit la cour de cassation, que l'abandonnement volontaire ne confère pas la propriété aux créanciers, pas plus que l'abandonnement forcé, puisque cet acte n'est pas soumis au droit proportionnel que la loi impose sur toute mutation (1).

C'est là le caractère distinctif de la cession; lorsque la convention intervenue entre le débiteur et les créanciers transporte à ceux-ci la propriété des biens, il n'y a plus de cession, il y a vente ou dation en payement. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Riom, le débiteur avait vendu les biens d'une succession aux créanciers pour s'affranchir des dettes immenses qui grevaient les biens déjà saisis réellement. C'était un singulier contrat, la cour de Riom a raison de dire que l'on ne pouvait y voir une cession de biens. D'abord l'abandon ne portait que sur les biens de la succession; or, dit l'arrêt, l'abandonnement fait aux créanciers doit être intégral et comprendre tous les biens qui sont le

(1) Cassation, 27 janvier 1809 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 4204). Comparez Duranton, t. XII, p. 374, n° 214.

gage commun des créanciers. Puis la cession a pour objet essentiel le droit, qui est en même temps une obligation, de réaliser l'avoir du débiteur, afin de désintéresser les créanciers et de libérer le débiteur (1).

224. Nous disons que les créanciers doivent vendre; un propriétaire vend quand il veut; les créanciers ne sont pas propriétaires, ce ne sont pas leurs biens qu'ils vendent, ils sont chargés de les vendre. La cession est un mandat, mais c'est un de ces mandats singuliers qui sont faits dans l'intérêt du mandataire autant que dans l'intérêt du mandant; c'est l'intérêt des créanciers tout ensemble et du débiteur qui a provoqué la cession : les uns y sont intéressés pour liquider à peu de frais les biens qui leur servent de gage, l'autre est intéressé à ce que la valeur de ses biens soit distribuée entre ses créanciers, afin qu'il soit libéré au moins jusqu'à concurrence de cette valeur. C'est ce que, dans le langage de l'école, on appelle un mandat *in rem suam*. Le caractère distinctif de ce mandat, c'est d'être irrévocable, tandis que le mandat ordinaire est révocable de son essence. Il suit de là que le débiteur est obligé de laisser vendre ses biens par les créanciers auxquels il les a abandonnés. Toutefois, et cela va sans dire, il pourrait reprendre les biens qui sont toujours sa propriété s'il désintéressait entièrement ses créanciers (2). La loi le dit dans un cas analogue, le délaissement (loi hypoth., art. 101). C'est une hypothèse d'école en ce qui concerne le débiteur qui a cédé tous ses biens parce qu'il est hors d'état de payer ses dettes; il faudrait des circonstances bien extraordinaires pour qu'il revînt à meilleure fortune.

225. Il y a une difficulté plus pratique qu'il faut prévoir. Le débiteur reste propriétaire, il a abandonné tout son avoir à ses créanciers. On conçoit qu'il soit tenté de vendre les biens sous main afin de se créer des ressources, ou il contractera de nouvelles dettes pour vivre. Quel sera l'effet de ces aliénations et de ces emprunts?

(1) Riom, 13 juillet 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2283).
(2) Larombière, t. III, p. 494, n° 5 de l'article 1266 (Éd. B., t. II, p. 307).

... ...es, ces actes sont parfaite-
... ...ur resté propriétaire peut, à
... disposer de ses biens; il peut
... il n'en est pas de même à l'égard
... il a fait l'abandon de ses biens.
... révoquer le mandat qu'il a donné
... le peut pas plus indirectement que
... ...rait révoquer le mandat et enlever
... ...antie que la cession devait leur pro-
... ...s biens abandonnés ou de contracter
... si ces actes étaient valables à l'égard
... la vente les dépouillerait de leur gage
... nouveaux créanciers diminuerait la part
... ...ns la distribution. On arrive ainsi à la
... les actes de disposition, directs ou indi-
... ...biteur fait postérieurement à la cession
... ...entre les parties, mais qu'on ne peut les op-
... ...créanciers. Ceux-ci pourront en demander la
... recourir à l'action paulienne, toujours chan-
... ...qu'elle exige la complicité des tiers; les
... peuvent repousser les actes du débiteur en
... cession que le débiteur leur a consen-

... qui contracteront avec le débiteur seront lésés,
... d'autre garantie que les biens que le débiteur
... ...quérir postérieurement à la cession, garantie
... ...soire. Il y a ici une lacune dans la loi. Elle
... prescrire la publicité des contrats d'abandonne-
... de prévenir les tiers qu'ils ne doivent plus compter
... ...ens abandonnés. La loi entoure d'une certaine
... les cessions judiciaires (code de proc., art. 901
... mais cette publicité est insuffisante, et elle ne
... pas les cessions volontaires, les seules qui puis-
... présenter depuis l'abolition de la contrainte par
... Notre loi hypothécaire n'a soumis à la transcrip-
... les actes translatifs de droits réels immobiliers :

... t. IV, 1, p. 206, n° 244. Duranton, t. XII, p. 375, n° 444.
... t. V, p. 412, n° 214 *bis*. Larombière, t. III, p. 498,
... 1866 (Éd. B., t. II, p. 308).

les cessions, quoique n'étant pas translatives de propriété, intéressent les tiers; le législateur aurait dû les assujettir à la transcription. La publicité la plus complète est le seul moyen de sauvegarder les droits et les intérêts des tiers.

226. Dans quelle forme se fera la vente des biens? Quand la cession est judiciaire, la vente doit se faire dans les formes prescrites pour les héritiers bénéficiaires (code de proc., art. 904). Les auteurs admettent qu'il en est de même en cas de cession volontaire. On dit que les parties, n'ayant rien réglé quant aux formalités à accomplir pour la réalisation de leur gage commun, sont par cela même censées s'en être remises aux dispositions qui concernent la cession judiciaire (1). La raison de décider est mauvaise; sans doute la cession est une, elle a la même cause, l'insolvabilité du débiteur, et le même objet, la liquidation de son avoir. Toutefois il y a une différence considérable entre la cession judiciaire et la cession volontaire. La première se fait malgré les créanciers; la loi a donc dû sauvegarder leur intérêt et leur donner des garanties. L'autre se fait de gré à gré et dans le but évident d'épargner les frais; le but implique liberté entière de vendre sans forme aucune, à moins que le contrat ne stipule des formes. Nous ferons donc le raisonnement tout contraire à celui que fait M. Larombière : par cela seul que le contrat ne prescrit aucune forme aux créanciers, ils sont libres de vendre comme ils le jugent convenable.

227. Le prix provenant de la vente se distribue entre les créanciers, d'après le droit commun; donc par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence (art. 2093; loi hypoth., art. 8). Si par hasard il y avait un excédant, il appartiendrait au débiteur. C'est une nouvelle confirmation du principe qui, à notre avis, gouverne cette matière, à savoir que la cession n'est rien qu'un mandat de vendre. Si elle emportait aliénation, l'excédant profiterait aux créanciers, et sans cause aucune. Ce résultat serait très-inique, car les créanciers s'enrichi-

(1) Duranton, t. XII, p. 374, n° 244. Larombière, t. III, p. 499, n° 13 (Ed. B., t. II, p. 309).

raient aux dépens d'un débiteur qui s'est dépouillé de tout son avoir pour les satisfaire.

Les créanciers privilégiés et hypothécaires sont payés de préférence aux créanciers chirographaires, mais il faut pour cela qu'ils aient conservé leurs droits en renouvelant leurs inscriptions. Nous dirons, au titre des *Hypothèques*, qu'il est de principe que les inscriptions doivent être renouvelées jusqu'au moment où les créanciers ont acquis un droit sur le prix. Or, la cession leur donne seulement le droit de vendre; et ce n'est que par la vente que la garantie hypothécaire se trouve réalisée, l'adjudicataire devant payer son prix entre les mains des créanciers; à partir de ce moment, les inscriptions ne doivent plus être renouvelées, elles ont produit leur effet. On pourrait objecter que la cession donne un droit exclusif sur les biens aux créanciers qui l'ont acceptée et en induire que dès ce moment la valeur des biens est affectée aux créanciers hypothécaires et privilégiés. Ce serait très-mal raisonner, car le débiteur peut reprendre ses biens en désintéressant les créanciers; cela n'arrivera guère, il est vrai, mais cela prouve du moins que le droit des créanciers hypothécaires n'est pas encore réalisé; ce qui est décisif (1).

228. La cession dessaisit le débiteur de la possession des biens et en saisit les créanciers. Ceux-ci ont donc le droit de poursuivre les débiteurs. Cela ne fait aucun doute. Mais ici il y a de nouveau une lacune. La loi ne prescrit aucune publicité, pas même une notification de la cession aux débiteurs. On ne peut pas dire que l'article 1690 est applicable, car la cession n'est pas un transport de créance. La prudence exige toutefois que les créanciers notifient le contrat d'abandonnement aux débiteurs; car ceux-ci, dans l'ignorance où ils sont de l'abandonnement, peuvent et doivent payer entre les mains de leur créancier. Il a été jugé que s'ils sont poursuivis par le créancier, ils ne peuvent pas lui opposer le contrat d'abandonnement; ce contrat, comme tout contrat, n'a d'effet qu'entre les

(1) Larombière, t. III, p. 495, n° 6 de l'article 1266 (Ed. B., t. II, p. 307

parties contractantes; les débiteurs y restent étrangers, donc ils ne peuvent l'invoquer (1). La loi aurait dû prescrire une signification qui saisisse les créanciers à l'égard des débiteurs.

§ II. *De la cession volontaire.*

N° 1. CONDITIONS.

229. « La cession de biens volontaire est celle que les créanciers acceptent volontairement » (art. 1267). Qui peut consentir la cession? La cession est un contrat, il faut donc avoir la capacité de contracter. Mais cette capacité suffit-elle? Cela dépend des clauses que contient le contrat d'abandonnement et des effets qu'on lui attribue. Si le contrat porte que le débiteur est libéré moyennant la cession qu'il fait, il en résulte que les créanciers font au débiteur la remise d'une partie de leurs créances, au cas où les biens cédés seraient insuffisants pour les désintéresser, ce qui est certes le cas ordinaire, puisque la loi suppose que le débiteur se trouve hors d'état de payer ses dettes. Or, il n'y a que les créanciers ayant la libre disposition de leurs droits qui puissent y renoncer en tout ou en partie. C'est dire que les administrateurs légaux, tels que le tuteur et le mari, ne pourraient pas consentir un contrat d'abandonnement. Ils ne le pourraient pas, dans notre opinion, quand même la cession ne libérerait pas expressément le débiteur; nous croyons, comme nous allons essayer de le démontrer, que la cession libère le débiteur, à moins de stipulation contraire.

Il a cependant été jugé que le tuteur pouvait consentir un contrat d'abandonnement (2). Mais l'arrêt porte que le débiteur n'était libéré que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés; ce qui change la question. Il ne s'agit alors que d'un simple mandat de vendre; et ce mandat est très-favorable aux créanciers, puisqu'il évite

(1) Bruxelles, 20 novembre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 280).
(2) Riom, 13 juillet 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2282).

les frais considérables de la saisie et de la vente faite en justice. Toutefois ces formes sont considérées comme une garantie, et nous doutons que le tuteur ait le droit d'y renoncer.

230. Qui doit consentir? La cession étant un contrat volontaire, tous les créanciers doivent consentir si l'on veut que le contrat ait effet à l'égard de tous. En matière de faillite, la majorité des créanciers, telle qu'elle est déterminée par la loi, lie la minorité; de sorte que la minorité est obligée par un contrat qu'elle a refusé de consentir. Cette disposition est tout à fait exorbitante du droit commun, elle déroge à un principe essentiel des conventions : nul ne peut être obligé que par son consentement. C'est par une faveur spéciale pour les commerçants que la loi a admis cette exception, elle ne peut donc être étendue au contrat d'abandonnement. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (1).

Est-ce à dire que la cession soit nulle lorsqu'elle n'a pas été consentie par tous les créanciers? Si la cession contient la clause usuelle qu'elle ne sera valable que si tous les créanciers y consentent, il n'y a plus de question; la cession sera conditionnelle et, par conséquent, elle n'existera point s'il y a un créancier dissident. Mais rien n'empêche les créanciers de consentir une cession malgré le dissentiment de l'un ou de plusieurs d'entre eux (2). Seulement cette cession sera pleine d'embarras : les créanciers dissidents ayant le droit de saisir les biens et de les vendre, comment l'union des créanciers pourra-t-elle procéder à la vente amiable et liquider de gré à gré l'avoir du débiteur?

231. Qui peut obtenir une cession? Tout débiteur, commerçant ou non. La loi n'intervient pas dans les affaires des particuliers, elle leur laisse pleine liberté de les arranger comme ils l'entendent. Dans la nouvelle loi sur les faillites du 8 avril 1851, il y a une disposition qui paraît déroger à ce principe : aux termes de l'article 535,

(1) Duranton, t. XII, p. 372, nos 242 et 243. Rejet, 3 juin 1816 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1302).
(2) Paris, 15 décembre 1815 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2275).

« aucun débiteur commerçant ne sera recevable à *demander* son admission au *bénéfice de cession.* » Cet article ne concerne que la cession judiciaire; le texte le prouve et l'esprit de la loi n'est pas douteux. Les créanciers et le débiteur sont libres de régler leurs intérêts comme ils le veulent; la cession volontaire peut donc toujours avoir lieu, après la faillite comme avant la faillite; mais, à la différence du concordat, elle suppose le consentement de tous les créanciers. Si la loi interdit la cession judiciaire qu'un failli voudrait faire malgré ses créanciers, c'est que cette cession n'a plus de raison d'être en cas de faillite. En effet, elle n'a qu'un objet, c'est de procurer au débiteur la liberté de sa personne (art. 1268); or, d'après le nouveau code de commerce, le failli est affranchi de la contrainte par corps s'il est déclaré excusable (1); et la loi qui abolit la contrainte par corps rend la cession judiciaire tout à fait inutile.

N° 2. EFFETS DE LA CESSION.

232. Aux termes de l'article 1267, « la cession volontaire n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre les créanciers et le débiteur. » On demande si, en l'absence d'une stipulation, la cession libère entièrement le débiteur, ou s'il n'est libéré que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il abandonne aux créanciers. La question est controversée; elle est assez oiseuse, car la stipulation, en ce qui concerne les effets de la cession, est si essentielle, que l'on ne conçoit guère que le contrat d'abandonnement garde le silence sur un point qui intéresse au plus haut degré les parties contractantes. Toutefois cela peut arriver; il faut donc une décision quelconque.

Le code traite de la cession de biens dans la section du *Payement;* il met la cession sur la même ligne que le payement en général (§ 1er), le payement avec subroga-

(1) Rejet, 18 avril 1849 (Dalloz, 1849, 1, 110). Duranton, t. XII, p. 374, n° 244.

tion (§ 3), les offres de payement suivies de consignation (§ 4); il considère donc la cession comme un mode d'extinction des obligations; or, la cession judiciaire ne libère pas le débiteur (art. 1270), donc cet effet doit être attaché à la cession volontaire. Si la cession consentie par les créanciers n'éteint pas la dette, il faut dire, comme on le fait dans l'opinion contraire, que c'est à tort que les auteurs du code ont parlé de la cession au chapitre du *Payement* (1). Ne seraient-ce point les interprètes qui ont tort? Les termes mêmes de l'article 1267 impliquent la libération du débiteur : il abandonne à ses créanciers tout ce qu'il a, parce qu'il se trouve hors d'état de payer ses dettes; les créanciers peuvent refuser cet abandon, alors ils conservent tous leurs droits contre le débiteur, quand même il serait admis au bénéfice de cession par la sentence du juge (art. 1270); tout en acceptant l'abandon, ils peuvent encore stipuler que le débiteur ne sera libéré que jusqu'à concurrence de la valeur de ses biens; mais s'ils ne font pas cette réserve, n'est-ce pas une preuve que leur intention est de libérer le débiteur définitivement (2)?

L'opinion contraire est généralement suivie. Toullier et Zachariæ ne donnent aucune raison et M. Larombière en donne de mauvaises (3). Une renonciation ne se présume pas, dit-il; non, certes; mais ne peut-elle pas être tacite? et ne doit-on pas voir une renonciation tacite dans le fait des créanciers d'accepter l'abandon de tous ses biens par un débiteur qui est hors d'état de payer toutes ses dettes? Voilà la véritable question. On prétend qu'elle est tranchée par le code : il décide que la cession judiciaire ne libère pas le débiteur, et, par identité de raison, on doit interpréter dans le même sens la cession volontaire. Quoi! il y a identité, sous ce rapport, entre la cession qui est imposée aux créanciers et la cession que les créanciers acceptent! Est-ce que le juge peut libérer le

(1) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 443, note 22.
(2) Duranton, t. XII, p. 376, n° 247.
(3) Toullier, t. IV, 1, p. 205, n° 243. Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 441 et suiv. Larombière, t. III, p. 496, n° 7 de l'article 1266 (Ed. B., t. II, p. 307).

débiteur alors que les créanciers refusent de le faire? Mais ce que le juge ne peut pas, les créanciers le peuvent, car ils peuvent renoncer à leurs droits, tandis que le juge doit les respecter, en leur prêtant l'appui de son autorité.

233. Dans l'opinion contraire, la cession n'a d'autre effet, en faveur du débiteur, que d'arrêter les poursuites de ses créanciers, sauf à recommencer leurs poursuites s'il revenait à meilleure fortune. Dans notre opinion, le débiteur est libéré définitivement; mais il faut dire de lui ce que nous avons dit du failli concordataire, c'est qu'il reste à sa charge une obligation naturelle. Ce qui le prouve, c'est que la loi le frappe d'une incapacité politique. D'après la loi du 1er avril 1843, ceux qui sont en état de faillite déclarée et ceux qui ont fait cession de leurs biens ne peuvent être électeurs aussi longtemps qu'ils n'ont pas payé intégralement leurs créanciers. La loi ne distingue pas entre la cession volontaire et la cession judiciaire, elle ne distingue pas si le contrat d'abandonnement a libéré le débiteur ou si les créanciers s'y sont réservé leurs droits; c'est une disposition générale et de moralité publique : il faut apprendre aux hommes à remplir leurs engagements.

§ II. *De la cession judiciaire.*

234. « La cession judiciaire est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi auquel il est permis, pour avoir la liberté de sa personne, de faire en justice l'abandon de tous ses biens à ses créanciers, nonobstant toutes stipulations contraires » (art. 1268). Pourquoi la loi admet-elle le débiteur au bénéfice de cession, alors que les créanciers ont refusé d'accepter l'abandon qu'il leur a offert, et malgré toutes conventions contraires? L'orateur du gouvernement nous en dira la raison. « Si les créanciers refusent la cession, la loi intervient ; elle fait examiner si les malheurs du débiteur sont réels, si sa bonne foi est sans reproche; et lorsqu'il paraît que les créanciers n'ont aucun motif raisonnable pour refuser qu'on remette dans leurs mains le gage entier des

créances, la loi regarde comme étant à la fois un acte d'humanité et d'utilité générale d'obliger ces créanciers à recevoir la cession et de leur interdire les poursuites contre la personne du débiteur (1). » Il paraît contraire à tout principe que la loi accorde au débiteur un bénéfice que les créanciers lui refusent, et qu'elle enlève aux créanciers un moyen d'action qu'elle-même leur accorde, la contrainte par corps. C'est que la contrainte par corps n'a plus de raison d'être lorsque le débiteur est malheureux et de bonne foi, et la cession judiciaire ne produit pas d'autre effet contre les créanciers ni en faveur du débiteur; or, il appartient au législateur qui permet la contrainte par corps d'en restreindre l'exercice. C'est là toute la cession judiciaire : une exception à la loi qui autorisait la contrainte par corps contre les commerçants et, en certains cas, contre les débiteurs civils.

235. La loi du 27 juillet 1871 a supprimé la contrainte par corps, sauf les restrictions suivantes : « Elle est maintenue en matière pénale pour l'exécution des condamnations aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais. Elle peut être prononcée en toute autre matière pour les restitutions, dommages-intérêts et frais, lorsqu'ils sont le résultat d'un fait prévu par la loi pénale, ou d'un acte illicite commis *méchamment* et de *mauvaise foi* » (art. 2 et 3).

En France, une loi du 22 juillet 1867 a également aboli la contrainte par corps en matière civile. On demande si, en présence de ces lois nouvelles, la cession judiciaire subsiste encore. Déjà, en vertu de la nouvelle loi sur les faillites, elle était sans intérêt pour les commerçants, puisque aucun débiteur commerçant n'était admis au bénéfice de cession; la cession était inutile, le failli, déclaré excusable, demeurant affranchi de la contrainte par corps (art. 535). Les lois qui abolissent la contrainte par corps en matière civile abolissent aussi la cession judiciaire, sinon de droit, au moins de fait. D'après l'article 1268, la cession judiciaire n'a d'autre objet que d'affranchir le

(1) Bigot-Préameneu. Exposé des motifs, n° 143 (Locré, t. VI, p. 173).

débiteur de la contrainte par corps; c'est ainsi que la loi a été expliquée par le rapporteur du Tribunat : « Pour qu'un débiteur malheureux et de bonne foi soit admis à la cession judiciaire, il faut que par la suite de quelqu'un de ses engagements il soit sous les liens de la contrainte par corps. La cession judiciaire n'a été introduite que pour libérer la personne du débiteur (1). » Reste donc à voir si le débiteur qui, en vertu des lois nouvelles, peut encore être emprisonné par exception, est dans le cas d'invoquer le bénéfice de cession. En matière purement civile, non, puisque la loi suppose que le débiteur est de *mauvaise foi*; et la cession ne peut être demandée que par le débiteur de *bonne foi*. Si le débiteur est contraint par corps en matière pénale, il arrivera bien rarement qu'il puisse profiter du bénéfice de cession; peut-on considérer comme *malheureux* et de *bonne foi* l'auteur d'une infraction pénale? On a cependant cité un cas où la cession serait admissible. Celui qui est condamné pour homicide par imprudence peut être malheureux et de bonne foi; de même les contraventions de police n'excluent pas la bonne foi; si, de plus, le débiteur a éprouvé des malheurs, le juge pourra lui accorder le bénéfice de cession pour l'affranchir de la contrainte par corps. Ces cas sont si rares que l'on peut considérer la cession judiciaire comme abolie de fait. Nous nous bornerons donc à analyser les dispositions du code en renvoyant aux sources pour les détails; la cession n'est plus que de l'histoire et notre travail n'est pas une œuvre historique.

236. Qui peut demander la cession judiciaire? L'article 1268 répond que la loi l'accorde au débiteur malheureux et de bonne foi. Il suit de là que le débiteur qui invoque le bénéfice doit prouver sa bonne foi et les malheurs qui l'ont mis hors d'état de payer ses dettes; telles sont les conditions sous lesquelles la loi permet d'accorder la cession, et c'est naturellement au demandeur à prouver qu'il remplit les conditions exigées par la loi (2).

(1) Jaubert, Rapport, n° 34 (Locré, t. VI, p. 213).
(2) Duranton, t. XII, p. 383, n° 260. Larombière, t. III, p. 561, n°s 5 et 6

Que faut-il entendre par malheurs et par bonne foi? Nous renvoyons sur ce point à la jurisprudence (1). La loi doit être appliquée avec quelque indulgence, sinon elle ne serait jamais applicable; d'après la rigueur du droit, l'imprudence, l'inhabileté suffiraient pour refuser le bénéfice de cession; la cour de Bordeaux s'est prononcée pour le débiteur imprudent et inhabile : c'est une question d'appréciation (2).

237. Le code de procédure exclut certaines personnes du bénéfice de cession. Nous renvoyons au texte et aux auteurs ainsi qu'à la jurisprudence qui ont interprété la loi (3). L'une de ces exceptions doit cependant être mentionnée. Les étrangers ne sont pas admis au bénéfice de cession; on le considère donc comme un de ces droits purement civils dont la jouissance n'appartient pas à l'étranger. Voilà une disposition qui témoigne contre la théorie des droits civils. Est-ce qu'un étranger ne peut pas être malheureux et de bonne foi? est-ce que l'humanité qui a fait introduire ce bénéfice ne doit pas profiter à tout homme? Pascal se moquait des lois qui font dépendre le juste ou l'injuste des frontières d'un Etat : que dirait-il d'une loi qui déclare humain à l'égard d'un étranger ce qui serait inhumain à l'égard d'un indigène?

L'article 905 du code de procédure a donné lieu à une question très-controversée : Est-il limitatif? en quel sens l'est-il? Nous renvoyons à la jurisprudence (4).

238. Les formes étaient jadis humiliantes pour le débiteur. C'est un trait de mœurs digne d'être noté. Voulait-on, par cette humiliation, empêcher le débiteur de faire une cession frauduleuse? ou les mœurs étaient-elles sévères à ce point que l'on infligeait une espèce d'infamie à

de l'article 1268 (Ed. B., t. II, p. 310). La jurisprudence est conforme (Dalloz, nos 2294 et 2295). Bruxelles, 4 février 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 37).

(1) Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2296.

(2) Bordeaux, 24 mai 1849 (Dalloz, 1853, 5, 72).

(3) Duranton, t. XII, p. 386, n° 270. Larombière, t. III, p. 501, n° 5 de l'article 1268. (Ed. B., t II, p. 310). Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire de Dalloz*, nos 2306-2318, et Bruxelles, 4 février, 9 novembre 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 36 et 279). Gand, 26 juin 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 156).

(4) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Obligations*, nos 2303-2305.

celui qui ne payait pas ses dettes intégralement (1)? Quoi qu'il en soit, il y avait contradiction à flétrir le débiteur que l'on supposait être malheureux et de bonne foi. Il reste encore quelques débris de ces anciens usages dans les formes prescrites par le code de procédure. Nous renvoyons à la loi et aux arrêts (2).

239. Quels sont les effets de la cession? Nous avons déjà dit quels sont ces effets quant aux biens dont le débiteur fait l'abandon; l'article 1269 les résume en ces termes : « La cession judiciaire ne confère point la propriété aux créanciers, elle leur donne seulement le droit de faire vendre les biens à leur profit et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente. » Il y a une différence entre la cession volontaire et la cession judiciaire quant aux formes dans lesquelles la vente peut et doit se faire. Quand les créanciers sont d'accord avec le débiteur, la vente peut se faire à l'amiable; quand la justice accorde la cession malgré les créanciers, la loi prescrit des formes qui garantissent les intérêts des créanciers et du débiteur. Les contestations ne manquent point dès qu'il s'agit de formes; nous renvoyons à la jurisprudence (3).

240. « La cession ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés; dans le cas où ils auraient été insuffisants, s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner jusqu'au parfait payement » (art. 1270). Nous ajoutons le commentaire de Jaubert, rapporteur du Tribunat : « Les biens que le débiteur aura acquis depuis la cession ne deviendront-ils pas le gage des créanciers? Autrefois on avait hésité sur cette question, d'après cette idée *afflicto non debet addi afflictio*. Sans doute l'humanité a ses droits. Il existe entre les hommes un lien de bienveillance que le malheur ne doit pas rompre, mais la loi n'a pas dû s'arrêter à cette considération. Indépendamment de la justice stricte qui ne permet pas qu'un débiteur possède des biens au préjudice de ses créanciers, il faut empêcher, autant qu'il est

(1) Pasquier, *Recherches*, IV, 10, p. 376.
(2) Code de procédure, art. 898 et suiv. Dalloz, *Répertoire*, nos 2319-2337.
(3) Dalloz, au mot *Obligations*, nos 2343-2348

possible, les fraudes qui pourraient résulter de la cession; et ce serait souvent les provoquer que d'assurer au débiteur qui aurait fait cession la jouissance des biens qu'il aurait acquis postérieurement. » C'est une conséquence du caractère forcé de la cession : la loi n'a pas le droit de dépouiller un créancier d'une partie de sa créance, ce serait une atteinte à la propriété, une expropriation pour cause d'humanité, c'est-à-dire une violation de la constitution (1).

241. La cession judiciaire ne produit qu'un seul effet en faveur du débiteur : elle opère la décharge de la contrainte par corps (art. 1270). Elle produit plusieurs effets contre le débiteur. Celui qui a fait cession de ses biens ne peut plus être électeur jusqu'à ce qu'il ait payé l'intégralité de ses dettes (loi du 1er avril 1843). C'est une disposition empruntée à la constitution de l'an VIII (art. 5), aux termes de laquelle l'exercice des droits politiques ou civiques était suspendu par l'état de débiteur failli (2). Suspend-elle aussi l'exercice de ses droits civils? La négative a été jugée par la cour de Bruxelles (3). Duranton applique à la cession de biens ce que le code de commerce dit de la faillite : le débiteur commerçant qui est admis à la cession ne peut se présenter à la Bourse qu'après avoir obtenu sa réhabilitation (art. 614 et loi du 18 avril 1851, art. 592). Cela est douteux, les incapacités étant de droit strict. Quant à la disposition de l'article 83 du code de commerce, elle est abrogée en Belgique par la loi du 31 décembre 1867.

SECTION II. — De la novation.

ARTICLE 1er. Notions générales.

242. La novation, dit Pothier, est la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne. Celle-ci est éteinte par la *nouvelle* qui est contractée en sa place : de là le nom

(1) Comparez Larombière, t. III, p. 497, n° 9, et p. 513, n° 10 (Éd. B., t. II, p. 315).
(2) Comparez cassation, 8 juillet 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 373).
(3) Bruxelles, 25 mai 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 157).

de *novation*. La novation est donc une manière d'éteindre les obligations; elle diffère du payement, en ce qu'elle n'éteint une dette que pour lui en substituer une autre.

Aux termes de l'article 1271, la novation s'opère de trois manières : 1° « Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte. » Comme cette novation se fait par changement d'*objet*, on lui a donné le nom de novation *objective*. Le débiteur doit 10,000 francs; il n'a pas la somme nécessaire pour s'acquitter de sa dette, ou le créancier préfère recevoir autre chose en payement. Si le débiteur paye immédiatement autre chose en acquit de ce qu'il doit, il y a dation en payement; s'il s'engage à payer autre chose, il y a novation.

2° « Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier. » La dette reste la même, le créancier reste le même, le débiteur seul change; il y a changement dans le *sujet*, de là le nom de novation *subjective* que les auteurs donnent à cette seconde espèce de novation. Je veux payer la dette d'un tiers; n'ayant pas de fonds disponibles, je conviens avec le créancier que je payerai pour le débiteur. Ce nouvel engagement, accepté par le créancier, éteindra l'obligation et la remplacera par celle que je contracte.

3° « Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien envers lequel le débiteur se trouve déchargé. » Le débiteur et la dette restent les mêmes, le créancier seul change. C'est encore une novation *subjective*. Cela arrive d'ordinaire quand l'ancien créancier, qui renonce à sa créance au profit du nouveau créancier, était débiteur de celui-ci; le nouveau créancier accepte, en payement de sa dette, l'obligation du débiteur qui s'engage envers lui, et est libéré par là à l'égard de son créancier primitif.

A l'école, on distingue d'ordinaire une quatrième novation, la délégation. Cela n'est pas tout à fait exact, car la loi dit (art. 1275) que la délégation n'opère point de novation, sauf quand le créancier en a fait la déclaration expresse. C'est donc par exception qu'il y a novation,

quand un débiteur délègue au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier.

§ Ier. *Conditions générales requises pour toute novation.*

N° 1. UNE PREMIÈRE OBLIGATION.

243. La novation a pour objet d'éteindre une première obligation, en lui substituant une obligation nouvelle. De là suit que toute novation implique l'existence d'une première obligation. On ne peut éteindre une obligation qui n'existe pas; et s'il n'y a pas d'obligation première, il ne saurait être question de lui en substituer une nouvelle; car dans la novation la nouvelle obligation n'a d'autre cause que l'extinction de l'obligation primitive; s'il n'y avait pas de première obligation, la nouvelle serait sans cause, partant inexistante. Il n'y aurait rien, ni première obligation, ni novation. Le principe est d'évidence; nous allons voir les conséquences qui en résultent, elles ne sont pas sans difficulté.

I. *De l'obligation inexistante.*

244. Si l'obligation est inexistante, la novation aussi sera inexistante. Quand on admet la théorie des obligations inexistantes, la conséquence est évidente, et on peut s'en prévaloir à l'appui de la théorie généralement enseignée. La première obligation est inexistante pour défaut de cause ou pour cause illicite; conçoit-on qu'une obligation à laquelle la loi refuse tout effet (art. 1131) devienne efficace parce que les parties contractantes lui substituent une obligation nouvelle? Ce serait une confirmation; or, confirme-t-on le néant? Le texte même du code s'y oppose. Une donation est nulle en la forme : pourra-t-elle être novée, c'est-à-dire confirmée? Non, car l'article 1339 dit qu'une donation nulle en la forme, c'est-à-dire, dans notre théorie, un contrat inexistant, ne peut être confirmée par aucun acte : nulle en la forme, dit la loi, elle doit être refaite dans la forme légale. Ce que la loi dit de la dona-

tion inexistante, quand les solennités n'ont pas été observées, est vrai de toute obligation qui n'existe pas, parce qu'il n'y a pas de consentement, pas d'objet ou pas de cause.

La doctrine est en ce sens(1), ainsi que la jurisprudence; mais la théorie des actes inexistants n'étant pas nettement formulée par la loi, les interprètes se trompent parfois dans l'application. Il n'y a pas de doute lorsque la cause de la première obligation est illicite : nous venons de citer l'article 1131 et l'article 1339 qui s'opposent à la confirmation d'une obligation à laquelle la loi refuse tout effet. Il est de jurisprudence que les traités secrets, par lesquels on stipule un supplément de prix pour une vente d'office, sont frappés de nullité radicale; la cour de Paris a jugé, comme conséquence de ce principe, qu'un traité pareil ne pourrait être l'objet d'une novation. Une nullité de cette nature, dit l'arrêt, ne peut être couverte ni par le payement de la somme déguisée, ni par tout autre moyen. Plus loin, la cour dit quelle est la vraie raison de décider. Pour qu'il y ait novation, il faut qu'il y ait dette; or, dans l'espèce, la dette n'existait point. Voilà la théorie des actes inexistants appliquée en matière de novation, et la décision n'est point douteuse (2).

245. Dans notre opinion, la théorie doit aussi être appliquée aux obligations naturelles. Ces dettes n'existent pas aux yeux de la loi, puisqu'elle leur refuse toute action. Or, la novation suppose, avant tout, une dette, comme le dit la cour de Paris, ce qui est décisif (t. XVII, n° 29). Nous avons dit ailleurs que la doctrine contraire est généralement suivie. On y fait cependant exception pour les dettes de jeu qui, d'après le code, doivent être rangées parmi les dettes naturelles. La jurisprudence décide que les dettes de jeu ne peuvent être novées (3). On donne comme raison que la cause de ces dettes est illicite. Cela n'est pas exact. La cour de Limoges dit que

(1) Duranton, t. XII, p. 409, n° 295.
(2) Paris, 28 mars 1846 (Dalloz, 1846, 4, 382).
(3) Rejet, 30 novembre 1826 (Dalloz, au mot *Jeu*, n° 36, 1°). Paris, 5 février 1834 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2363).

la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu (article 1965); elle en conclut que l'obligation consentie pour une dette de jeu a une cause illicite (1). L'erreur nous paraît évidente. Toutes les dettes naturelles sont dénuées d'action; est-ce à dire qu'elles soient viciées par une cause illicite? Si réellement la cause des dettes de jeu était illicite, elles ne produiraient aucun effet, comme le dit énergiquement l'article 1131; cependant l'article 1967 dit que dans aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé; la loi donne donc un effet aux dettes naturelles : preuve que la cause n'en est pas illicite. Si elles ne peuvent être novées, c'est parce que les dettes naturelles, quoique munies d'une exception, n'existent pas, en ce sens que la loi n'accorde aucune action au créancier; et là où il n'y a point de dette, la novation est impossible. Elle est encore impossible parce que nover, c'est confirmer; or, on ne confirme pas les obligations naturelles, puisque ce serait leur accorder l'action que le législateur leur refuse.

246. Une dette prescrite peut-elle être novée? Merlin répond que toutes sortes d'obligations peuvent être novées, n'importe qu'elles soient calquées sur les règles du droit civil ou qu'elles tirent seulement leur force du droit naturel. Nos principes, ajoute-t-il, sont ici d'accord, à peu de chose près, avec ceux du droit romain. Ainsi, lorsqu'une obligation est anéantie civilement par quelque prescription que ce soit, elle peut néanmoins servir de base à un nouvel engagement qu'on y substitue par la novation, parce que la prescription, en éteignant l'action civile, n'ôte point l'obligation naturelle qui résultait du premier engagement (2).

La doctrine de Merlin repose sur un fondement peu solide; la tradition romaine doit être entièrement écartée dans la matière des dettes naturelles, car les obligations naturelles du droit français n'ont rien de commun avec les dettes naturelles du droit romain. A notre avis, les

(1) Limoges, 8 janvier 1824 (Dalloz, au mot *Jeu*, n° 50, 1°).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Novation*, § III (t. XXI, p. 375). Comparez Troplong, *De la prescription*, n° 84.

dettes prescrites sont plus que des dettes naturelles, ce sont des dettes civiles auxquelles le débiteur peut opposer une exception; quand il renonce à l'exception, la dette reste ce qu'elle était, c'est-à-dire civile. Dès lors rien n'empêche de nover une dette prescrite : c'est une manière de renoncer à la prescription, ce que la loi permet (art. 1220).

II. *De l'obligation annulable.*

247. A la différence de l'obligation inexistante, l'obligation annulable existe; le créancier a une action, l'obligation produit tous ses effets jusqu'à ce que le débiteur en ait obtenu l'annulation, et la nullité doit être demandée dans les dix ans, sinon l'obligation nulle est confirmée et elle devient pleinement valable, comme si elle n'avait jamais été entachée d'un vice. Il suit de là que l'obligation nulle peut être novée (1).

248. Mais que deviendra la novation si la première obligation est annulée? L'obligation annulée est censée n'avoir jamais existé, il n'y a donc pas eu d'obligation première; et sans dette la novation est impossible.

L'application de ces principes soulève une difficulté. La novation implique une renonciation, le créancier renonce à la première obligation moyennant la substitution d'une dette nouvelle. Quant au débiteur qui consent à nover une dette annulable, ne renonce-t-il pas, de son côté, à se prévaloir de la nullité qui entachait la première obligation? La novation, dans ce cas, serait donc une confirmation, et rien n'empêche les parties intéressées de confirmer une obligation nulle.

Quand la novation est objective, ces principes s'appliquent sans difficulté aucune. Le débiteur reste le même; en contractant une nouvelle obligation qui est substituée à la première, il confirme celle-ci, bien entendu pourvu que les conditions requises pour la confirmation existent. Il faut que le débiteur connaisse le vice et qu'il ait l'intention de le réparer; il faut encore que la confirmation

1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 738, n° 1406.

se fasse à un moment où le vice pouvait être effacé par la confirmation; nous reviendrons plus loin sur ces principes qui ne sont pas douteux; seulement l'article 1338 est très-mal rédigé, parce qu'il semble confondre, avec la confirmation, l'acte confirmatif, c'est-à-dire l'écrit dressé par les parties pour constater la confirmation. Il ne faut pas d'écrit pour la validité de la confirmation; mais si l'on dresse un écrit, il doit être fait dans les formes prescrites par la loi. Ces formes devraient-elles être observées pour la confirmation qui se fait sous forme de novation? Non, l'article 1338 n'est applicable que lorsque les parties ont pour objet principal et unique de confirmer une obligation nulle; tandis que quand elles font novation, elles ont pour objet de substituer une dette nouvelle à une dette ancienne qui est éteinte. Si la novation implique confirmation, c'est une confirmation tacite; ce qui exclut l'application de l'article 1338 en ce qui concerne les formes de l'acte confirmatif (1).

La décision serait la même si la novation se faisait par la substitution d'un nouveau créancier : le débiteur restant le même, il est censé confirmer la première obligation en lui substituant une obligation nouvelle. Quand la novation se fait par la substitution d'un nouveau débiteur, l'application des principes que nous venons d'exposer souffre quelque doute. La plupart des auteurs enseignent que la novation sera valable, pourvu que le nouveau débiteur ait connu, en contractant, les vices qui annulaient la première obligation (2). C'est dire que le nouveau débiteur confirme l'ancienne obligation en la novant. Mais la confirmation suppose que celui qui confirme avait le droit d'agir en nullité : confirmer n'est autre chose que renoncer à l'action en nullité. Or, qui peut agir? Le débiteur seul a ce droit. En principe, cela est incontestable; un tiers ne peut pas demander la nullité d'une obligation où il n'a pas été partie, donc il ne peut pas la confirmer.

(1) Larombière, t. III, p. 521, n° 11 de l'article 1271 (Ed. B., t. II, p. 318). Colmet de Santerre, t. V, p. 415, n° 219 *bis* IV. Duranton, t. XII, p. 408, n° 294.

(2) Mourlon, t. II, p. 738, n° 1406. Aubry et Rau, t. IV, p. 213, § 324.

Reste à savoir si le nouveau débiteur est un tiers. Nous reviendrons sur la question en traitant des nullités. On peut soutenir que le débiteur qui fait novation doit être assimilé à la caution, laquelle peut, d'après l'article 2012, invoquer certaines causes de nullité. Si le débiteur qui nove peut demander la nullité, la question de novation est par cela même tranchée ; celui qui peut agir en nullité peut aussi confirmer, donc il peut confirmer en novant (1).

Il y a encore une autre opinion ; ce qui prouve combien il y a d'incertitude en cette matière. Marcadé dit que la novation est valable dès que le nouveau débiteur agit en connaissance de cause ; il sait que la dette est annulable, mais une dette annulable vaut comme obligation naturelle, et une obligation naturelle peut être novée (2). En supposant qu'une dette naturelle puisse être novée, il resterait à prouver qu'une dette annulable est une dette naturelle. Or, la dette annulable est une dette civile, valable, comme telle, aussi longtemps que la nullité n'est pas prononcée : dira-t-on qu'une dette civile est une dette naturelle? Que si la dette est annulée, elle est censée n'avoir jamais existé : est-ce que le néant est une dette naturelle, et le néant peut-il être nové?

III. *De la dette conditionnelle.*

249. Une dette conditionnelle peut être novée, car elle existe. On dit, à la vérité, que la condition suspend l'existence de l'obligation, mais cela est trop absolu, comme nous l'avons prouvé ailleurs. L'obligation existe, puisque le code reconnaît que le créancier a des droits et qu'il les transmet à ses héritiers (art. 1179 et 1180). Si la condition s'accomplit, elle rétroagit ; il en résulte que l'obligation première a existé dès le principe et, par suite, la novation existera également dès l'instant où la dette a été contractée. Que si la condition défaillit, il n'y a ja-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 416, nos 219 *bis* V.
(2) Marcadé, t. IV, p. 580, no VI de l'article 1272.

mais eu d'obligation, et sans dette il ne saurait y avoir de novation.

La condition qui affecte la première obligation affecte donc aussi la novation; celle-ci est nécessairement conditionnelle. Pothier en conclut que si le corps certain qui faisait l'objet de la dette vient à périr, l'obligation ne pouvant plus se former faute d'objet, il n'y aura pas de novation, alors même que la condition viendrait à s'accomplir (1). C'est la théorie consacrée par le code (art. 1182).

250. Il se peut cependant que la novation subsiste, quand même la condition viendrait à défaillir. L'obligation conditionnelle est de 10,000 francs; les parties conviennent de la remplacer par une obligation pure et simple de 2,000 francs. C'est un contrat aléatoire, chacune des deux parties peut gagner ou perdre, selon que la condition s'accomplit ou défaillit. Elles ont entendu traiter définitivement, et non remplacer une obligation conditionnelle par une autre obligation conditionnelle. Dès que cette intention est constante, la décision n'est pas douteuse. Reste à savoir quelle a été l'intention des parties : ceci est une question de fait (2).

N° 2. UNE DETTE NOUVELLE.

251. Qu'il faille une dette nouvelle pour qu'il y ait novation, cela est d'évidence; c'est de là que la *novation* tire son nom. L'ancienne obligation subsiste si elle n'est pas remplacée par une obligation nouvelle; c'est par la substitution d'une dette nouvelle que la première est éteinte. S'il n'y a pas de dette nouvelle, il n'y a pas de cause d'extinction. Le principe est si simple, que l'on éprouve de la difficulté à le motiver. Mais l'application du principe donne lieu à des questions très-difficiles et très-douteuses.

I. *De l'obligation inexistante ou annulable.*

252. Quand la seconde obligation est inexistante, il n'y a pas de novation. Il ne peut être question de nover

(1) Pothier, *Des obligations*, n°s 585 et tous les auteurs.
(2) Duranton, t. XII, p. 412, n° 300, et tous les auteurs.

une obligation civile par une dette naturelle; en droit français, cela n'aurait pas de sens, puisque les dettes naturelles n'existent pas aux yeux de la loi. La question peut se présenter quand la seconde obligation a une cause illicite, ou quand le débiteur n'a point consenti. On applique à la seconde obligation ce que nous venons de dire de la première (n° 244).

La cour de Poitiers a appliqué ce principe à une espèce où, à notre avis, la nouvelle obligation n'était pas inexistante; elle avait été souscrite par une personne qui fut plus tard interdite, à une époque où les causes de l'interdiction existaient notoirement. L'arrêt dit que cette obligation est frappée d'une nullité radicale pour défaut de consentement valable (1). Cela n'est pas exact. Il faut absence de consentement pour que l'obligation soit inexistante; et quand peut-on dire que le débiteur aliéné ne consent pas? Lorsque l'on prouve qu'il était en état d'aliénation mentale au moment où il a souscrit la convention. Or, dans l'espèce, on attaquait simplement l'acte comme ayant été fait à une époque où la cause de l'interdiction existait notoirement; la loi le permet, mais ce n'est pas pour absence de consentement; ce qui le prouve, c'est que le juge peut maintenir l'acte, et il ne pourrait certes pas maintenir une prétendue obligation consentie par celui qui n'était pas en état de consentir. Il s'agissait donc, dans l'espèce, d'une obligation simplement annulable, et une obligation pareille peut, en principe, être novée, comme nous allons le dire.

253. Que faut-il décider si la seconde dette est simplement annulable? Une obligation annulable existe, donc il y a novation (n° 247). Si la nullité de la nouvelle obligation n'est pas demandée, il n'y a aucun doute; elle sera pleinement valable, ainsi que la novation. C'est une différence entre la nullité et la non-existence d'un acte; on n'a pas besoin de demander la nullité d'une obligation inexistante, on ne peut pas même la demander, car ce serait demander la nullité du néant; l'obligation n'a pas d'effet,

(1) Poitiers, 7 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 2, 293).

et ne peut en avoir aucun, dit l'article 1131. Une obligation est donc inexistante de plein droit, tandis qu'il n'y a pas de nullité de plein droit.

Mais que devient la novation quand l'obligation nouvelle est annulée? Faut-il appliquer le principe que l'acte annulé est censé n'avoir jamais existé, ce qui entraînerait la nullité de la novation? La question présente de grandes difficultés; les meilleurs auteurs hésitent; MM. Aubry et Rau ont abandonné, dans une dernière édition, l'opinion qu'ils avaient enseignée dans leurs éditions précédentes. Il faut distinguer les diverses espèces de novation, comme nous l'avons fait pour la première obligation (n° 248).

La novation s'opère par changement d'objet, c'est le même débiteur qui contracte la nouvelle obligation, il en demande l'annulation : la novation tombera-t-elle avec l'obligation nouvelle qui devait remplacer l'ancienne? On pourrait croire que la novation subsiste, parce que toute novation implique une renonciation; or, la renonciation est pure et simple, elle n'est pas subordonnée à la validité de la nouvelle obligation; donc, peut-on dire, la renonciation et par suite la novation subsistent, malgré l'annulation de la nouvelle obligation. Cette argumentation est trop absolue. Sans doute, le créancier qui consent à nover sa créance y renonce; mais cette renonciation est-elle pure et simple? Si elle était pure et simple, ce serait une remise, une libéralité, tandis que la novation est un acte à titre onéreux; si le créancier renonce à sa première obligation, c'est moyennant la nouvelle obligation qui lui est substituée. Toute novation implique donc une condition : la première dette n'est éteinte qu'à la condition d'être remplacée par une seconde. Reste à savoir si l'on peut admettre que le créancier renonce à une obligation valable pour y substituer une obligation nulle. Ceci est une question d'intention, comme toute renonciation. Il n'y a pas de renonciation sans volonté de renoncer. Pour que l'on admette que le créancier ait renoncé à une obligation valable moyennant une obligation nulle, il faut, avant tout, que le créancier connaisse le vice qui infecte la seconde obligation. S'il l'ignore, on ne peut pas,

en général du moins, dire qu'il a eu l'intention de renoncer. Il y a un vice dans sa renonciation, elle est entachée d'erreur; il pourra donc demander la nullité de la renonciation, et par suite de la novation, en prouvant qu'il a consenti à la novation par erreur, qu'il ne l'aurait pas faite s'il avait connu le vice qui annule la nouvelle obligation.

Il se présente encore une difficulté de fait. S'il est prouvé que le créancier connaissait, lors de la novation, les vices de la nouvelle obligation, la novation sera valable, parce que le créancier a renoncé en connaissance de cause; il ne peut pas attaquer la renonciation, car elle n'est pas viciée; de sorte que la novation subsistera, alors même que la seconde obligation serait annulée. La question est oiseuse, dira-t-on : où est le créancier qui renoncera à une obligation valable pour y substituer une obligation nulle? Il est vrai que cela ne se conçoit guère dans la novation objective. Cela peut arriver quand il y a novation par substitution d'un nouveau débiteur lequel se trouve être incapable; le créancier connaissait son incapacité; mais le premier débiteur était insolvable, tandis que le second est solvable; le créancier a intérêt, en ce cas, à nover une obligation valable contre une obligation nulle, il aura au moins une chance d'être payé si le nouveau débiteur ne demande pas la nullité de son obligation.

Laissons là cette hypothèse, elle se présentera toujours très-rarement. Si la nouvelle obligation est nulle, d'ordinaire le créancier aura nové dans l'ignorance de la nullité. Le créancier pourra, en ce cas, soutenir que la novation est nulle. Mais que devra-t-il prouver? Ici est le véritable nœud de la difficulté. Dans l'opinion générale, on dit : il suffit que la seconde obligation soit nulle pour qu'elle entraîne la nullité de la novation, en supposant que le créancier ait ignoré la cause de nullité. On présume, dans cette opinion, que le créancier n'a consenti à la novation que parce qu'il ignorait le vice qui annule la nouvelle obligation; il n'a donc rien à prouver. Dans notre opinion, le créancier qui demande la nullité

de la novation doit prouver que sa renonciation est viciée par l'erreur où il se trouvait; or, il ne suffit point que la seconde obligation soit nulle pour que par cela seul on présume l'erreur. De présomption légale, il n'y en a point, et les présomptions de fait seront rarement admissibles. On reste donc sous l'empire du droit commun quant à la preuve : c'est au créancier qui demande la nullité à prouver que la novation est viciée par l'erreur. Il faut d'abord qu'il prouve qu'il ignorait le vice de la nouvelle obligation, il doit prouver ensuite que cette ignorance a vicié son consentement. La preuve sera plus ou moins difficile suivant la cause de nullité. Nous y reviendrons en ce qui concerne l'incapacité, en traitant de la capacité que la loi requiert pour la validité de la novation. Quant aux vices de consentement qui annulent la seconde obligation, le juge admettra facilement la preuve que le créancier n'aurait pas consenti à la novation s'il les avait connus, car la preuve consiste dans l'intérêt que le créancier peut avoir à nover une obligation valable par une obligation nulle; or, on n'aperçoit pas quel intérêt il pourrait avoir à substituer une obligation nulle à une obligation valable, tandis qu'il pourrait y être intéressé si la nouvelle obligation est nulle pour cause d'incapacité (1).

II. *De l'obligation conditionnelle.*

254. Si la seconde obligation est conditionnelle, la novation aussi sera conditionnelle. En effet, si la condition défaillit, il n'y aura jamais eu d'obligation et partant pas de novation. Il faut faire ici la même restriction que nous avons faite dans le cas où la première obligation est conditionnelle. Le créancier d'une dette pure et simple de 1,000 francs la nove contre une obligation conditionnelle de 5,000 francs; il y a alors contrat aléatoire, la novation subsistera quel que soit l'événement de la

(1) Comparez, en sens divers, Toullier, t. IV, 1, p. 235, n[os] 298-300; Duranton, t. XII, p. 398, n° 282. Aubry et Rau, t. IV p. 215, note 23. Colmet de Santerre, t. V, p. 416, n° 219 *bis* VI.

condition, les parties ayant traité sur une chance, peu importe en faveur de qui la chance tourne (1).

Nous n'entrons pas dans le débat que Marcadé a soulevé au sujet de la novation des obligations conditionnelles; le débat est vidé, on a prouvé que sa critique portait à faux (2).

N° 3. CAPACITÉ.

255. Aux termes de l'article 1272, la novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter. Les auteurs du code ont dérogé, en ce point, à l'ancien droit. Pothier enseignait, conformément au droit romain, qu'il fallait, pour faire une novation, la capacité requise pour recevoir un payement, parce que celui qui nove reçoit comme payement la nouvelle obligation; il en concluait que celui à qui on peut payer une dette peut aussi faire novation; ainsi le créancier solidaire, le tuteur, le mari pouvaient faire novation (3). Le code n'a point admis cette théorie, et avec raison. Il n'est pas exact de dire que la novation équipolle au payement; le créancier qui reçoit un payement, reçoit ce qui lui est dû ou ce qu'il a stipulé, et on ne peut pas le forcer à recevoir autre chose; tandis que le créancier qui fait novation ne reçoit pas ce qu'il avait stipulé; il renonce au bénéfice de sa première obligation; si la seconde obligation est moins favorable, il y perd. Ce peut être une convention aléatoire si l'obligation nouvelle est conditionnelle; certes on ne dira pas dans ce cas que le créancier reçoit son payement; il lui était dû 1,000 francs, il peut ne rien recevoir du tout en vertu de la nouvelle obligation, il échange un droit certain contre une chance. Il suit de là qu'autre chose est le payement, autre chose est la novation, c'est-à-dire que pour la novation il faut une autre capacité et une capacité plus étendue que pour le payement.

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 586, et tous les auteurs.
(2) Marcadé, t. IV, p. 577, n° V de l'article 1272. Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 417, n° 219 *bis* VIII. Aubry et Rau, t. IV, p. 214, note 18, § 324.
(3) Pothier, *Des obligations*, n°s 590-592. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 214, note 19, § 324; Duranton, t. XII, p. 396, n°s 278, 279.



256. Quelle capacité faut-il pour nover? Le code répond : la capacité de contracter. Cela est trop vague. La situation du créancier n'est pas la même que celle du débiteur; il faut donc distinguer. Le créancier de la première obligation y renonce moyennant la substitution d'une nouvelle obligation; renoncer, c'est aliéner; il faut donc que le créancier ait la capacité de disposer du droit qu'il avait en vertu de l'obligation primitive. Le principe est incontestable, mais il nous semble que les auteurs en dévient dans l'application.

Le tuteur peut-il nover? Non, à notre avis; car le tuteur n'a pas le droit de disposer des biens de son pupille; dans notre opinion, il n'a pas même le pouvoir de disposer de ses droits mobiliers, ce qui est décisif. On enseigne généralement le contraire. Le tuteur, dit Duranton, représente le mineur dans tous les actes civils. Sans doute, mais tantôt il le représente avec l'autorisation du conseil de famille, tantôt il lui faut, outre cette autorisation, l'homologation du tribunal. Ce n'est donc pas l'article 450 qui décide la question. Le tuteur a le droit de faire seul les actes d'administration; la question est donc de savoir si la novation est un acte d'administration. Duranton l'assimile à un payement; c'est revenir au principe de Pothier que le code a abandonné. On ajoute que la loi n'interdit pas au tuteur de faire une novation de sa propre autorité. Eh qu'importe? Elle le lui défend, par cela même qu'elle ne lui permet pas de disposer des biens de son pupille (1).

D'autres auteurs distinguent : ils admettent que le tuteur ne peut consentir la novation d'une obligation garantie par une hypothèque ou par un cautionnement, à moins que l'hypothèque ne soit réservée ou que la caution n'accède au nouvel engagement; mais si la créance est simplement chirographaire, le tuteur, dit-on, pourrait faire novation sous sa responsabilité (2). La distinction nous paraît peu juridique. En effet, la novation est

(1) Duranton, t. XII, p. 396, n° 279. Comparez Larombière, t. III, p. 522, n° 4 de l'article 1272 (Ed. B., t. II, p. 319).
(2) Aubry et Rau t. IV, p. 214, notes 20 et 21, et les auteurs qu'ils citent.

toujours un acte de disposition, qu'elle soit ou non garantie par des sûretés spéciales; est-ce que le tuteur compromet moins les intérêts du mineur quand il substitue à une créance certaine un droit conditionnel qui n'est qu'une chance, que lorsqu'il renonce à un gage ou à une hypothèque, garanties qui peuvent être inutiles si le nouveau débiteur est solvable? Après tout il ne s'agit point de l'intérêt du pupille, il s'agit des droits du tuteur.

Nous appliquons le même principe aux créanciers solidaires, comme nous l'avons déjà dit en traitant de la solidarité (t. XVII, n° 269). Cela prouve que la capacité de recevoir un payement ne donne pas la capacité de nover. Les créanciers solidaires ont certainement le droit de recevoir le payement de la dette; pourquoi leur refuse-t-on le droit de nover? Parce qu'ils n'ont pas le pouvoir de disposer de la créance; le tuteur l'a moins encore, puisqu'il n'est qu'un simple administrateur.

257. Le débiteur qui contracte la nouvelle obligation doit être capable de s'obliger. D'après l'article 1272, cette capacité est requise pour la validité de la novation. Cela veut-il dire que la novation est nulle par cela seul que le débiteur qui contracte la seconde obligation est incapable? Personne ne donne ce sens absolu à la loi. Le débiteur peut demander la nullité de la nouvelle obligation qu'il a contractée. Quelle influence cette annulation aurait-elle sur la novation? Nous avons répondu que c'est une question d'intention (n° 253). Le créancier a connaissance de l'incapacité du débiteur, il nove malgré cela; il renonce donc à sa première obligation en courant la chance de voir annuler la seconde. Si telle est son intention, la novation sera définitive. Mais s'il ignorait l'incapacité de celui avec lequel il nove, l'ignorance où il est ne permet pas de supposer qu'il a renoncé à la première obligation, malgré le vice de la seconde. Il pourra donc demander la nullité de la novation en prouvant que la renonciation qu'il a faite à la première obligation est viciée par l'erreur. Dira-t-on que nous introduisons dans la loi une distinction qui n'y est pas? Nous répondons que dans toutes les opinions on distingue, ce qui prouve que la rédaction de

la loi est trop absolue. Dira-t-on que le créancier ne doit pas avoir la capacité de disposer, parce que le texte n'exige que la capacité de contracter? Cela serait contraire à tout principe. Ce sont donc les principes qui nous forcent à distinguer. Eh bien, quel est le principe qui domine la novation? C'est qu'elle implique une renonciation; or, dans toute renonciation, la question d'intention est décisive; c'est donc d'après l'intention du créancier qu'il faut décider si la renonciation est valable ou non, c'est-à-dire si la novation subsistera ou si elle sera annulée (1).

Il y a une autre opinion dans laquelle on admet que la novation doit toujours être validée, malgré l'incapacité du nouveau débiteur. La nouvelle obligation, dit-on, est une dette naturelle; or, on peut nover une dette civile par une dette naturelle. Nous n'hésitons pas à dire que cette doctrine est erronée. Dans l'opinion que nous avons enseignée sur les obligations naturelles, cela est évident. Les obligations consenties par les incapables ne sont pas des obligations naturelles, ce sont des obligations civilement imparfaites; et quand même on admettrait qu'il survit un lien naturel à l'annulation, toujours est-il que ce lien n'est pas reconnu par la loi, qui n'admet l'existence des obligations naturelles que lorsqu'elles sont éteintes par le payement. Quant à l'autorité du droit romain que l'on invoque, nous l'écartons, les obligations naturelles du droit français n'ayant rien de commun avec les obligations naturelles du droit romain (2).

258. Dans l'application de l'article 1272, il ne faut pas perdre de vue le principe établi par l'article 1125, aux termes duquel le débiteur incapable peut seul invoquer la nullité qui résulte de son incapacité; si donc le créancier qui a consenti à la novation est incapable, la partie qui a contracté avec lui ne peut pas se prévaloir de son incapacité pour demander la nullité de la novation et, par suite, de l'obligation qu'elle a contractée; l'incapable seul

(1) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 215 et suiv., notes 23 et 24.
(2) Comparez Marcadé, t. IV, p. 573, n° III de l'article 1272.

peut demander la nullité de la novation et, par suite, le maintien de l'obligation primitive. De même, quand c'est le débiteur de la nouvelle dette qui est incapable, lui seul a le droit d'agir en nullité; s'il garde le silence, la nouvelle obligation subsistera et, par suite, la novation sera valable (1).

N° 4. VOLONTÉ DE NOVER.

259. D'après ce que nous venons de dire, il est évident que la volonté de nover est de l'essence de la novation. Le créancier et le débiteur peuvent très-bien apporter des changements à la première obligation sans avoir l'intention de l'éteindre, en lui substituant l'obligation modifiée; il faut donc voir s'ils ont ou non la volonté de nover. De même, dans la novation subjective, il ne suffit pas qu'un nouveau débiteur prenne un engagement envers le créancier pour qu'il y ait novation, il peut accéder à l'ancienne obligation à titre de garantie; dans ce cas, il n'y aura pas de novation, il n'y en aura que si les parties contractantes ont eu l'intention de décharger l'ancien débiteur pour le remplacer par un nouveau. Enfin, si un tiers intervient pour recevoir le payement de la dette, il faut voir dans quel but cela se fait; les parties ont-elles la volonté de nover, il en résultera qu'un nouveau créancier prendra la place de l'ancien qui renonce à son droit; si, au contraire, les parties ont simplement voulu faciliter le recouvrement de la créance ou le payement de la dette, l'ancienne obligation subsistera. Il faut donc toujours voir ce qui s'est passé entre les parties pour décider s'il y a ou s'il n'y a pas novation.

260. C'est en ce sens que l'article 1273 dit : « La novation ne se présume pas, il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. » Que la novation ne se présume pas, cela va sans dire. De la part du créancier, la novation implique une renonciation : est-ce que la renonciation se présume? Quant au débiteur, il contracte une

(1) Duranton, t. XII, p. 396, n° 279. Colmet de Santerre. t. V, p. 419, n° 220 *bis* II.

obligation nouvelle : est-ce que les obligations se présument?

L'article 1273 ajoute que la volonté d'opérer novation doit résulter clairement de l'acte. Qu'entend-on par le mot *acte?* En général, ce mot est employé pour désigner l'écrit authentique ou sous seing privé que les parties dressent pour constater leurs conventions, dans le but de s'en procurer une preuve littérale. C'est dans ce sens que le mot *acte* est pris dans le chapitre VI de notre titre qui traite de la preuve des obligations. Quelquefois l'acte est requis pour l'existence du contrat : il en est ainsi de la donation. Est-ce que dans l'article 1273 le mot *acte* signifie un écrit, et est-ce qu'un écrit est nécessaire pour l'existence ou pour la validité de la novation? Non, le mot *acte* signifie ici ce qui se passe entre les parties : *id quod agitur*. C'est une acception peu usitée; il faut donc prouver que tel est le sens du mot dans l'article 1273.

La preuve est très-facile si l'on raisonne d'après les principes généraux de droit. Il n'y a point de différence entre la novation et les autres modes d'extinction des obligations; aucun n'est un acte solennel, aucun n'exige même un écrit pour la preuve; le payement peut s'établir par témoins, la compensation se fait de plein droit, ce qui exclut toute convention et, à plus forte raison, toute solennité, tout écrit. Quand la loi veut un écrit, elle le dit : elle l'exige en matière de subrogation conventionnelle lorsque c'est le débiteur qui la consent (art. 1250, 2°). Y avait-il une raison de l'exiger pour la novation? Non, car de quoi s'agit-il? De renoncer à une obligation et de contracter une obligation nouvelle. Or, la renonciation peut être tacite, comme toute manifestation de volonté, et l'on peut aussi s'obliger tacitement. Dès lors la novation doit rester sous l'empire du droit commun.

Si tel est le sens de l'article 1273, dira-t-on, il est inutile, car le droit commun est la règle; il n'est pas nécessaire de dire que la règle s'applique à tous les cas où il n'y est point dérogé, cela va sans dire. Effectivement, l'article 1273 ne s'explique que par la tradition. Dans l'ancien droit romain, les jurisconsultes admettaient des

présomptions pour établir la novation, ce qui était très-logique, puisque la preuve testimoniale était admise sans restriction. Mais de simples présomptions fondées sur des probabilités sont de leur nature très-incertaines; de là des contestations nombreuses sur la question de savoir s'il y avait ou non volonté de nover. Pour prévenir ces contestations, Justinien disposa que la volonté de faire novation devait être expresse, et qu'on ne pouvait l'admettre que si les contractants avaient fait remise de la précédente obligation, en déclarant formellement qu'ils substituaient la dernière à la première. Dans cet ordre d'idées, le nouvel engagement était censé contracté plutôt pour confirmer le premier et pour y accéder que pour l'éteindre. Pothier dit que la jurisprudence française ne s'était pas attachée à la lettre de cette constitution : elle n'exigeait point que le créancier déclarât en termes précis et formels qu'il entendait faire novation; il suffisait que, de quelque manière que ce fût, la volonté de faire novation fût si évidente, qu'elle ne pût être révoquée en doute. Cette jurisprudence est très-ancienne, d'Argentré en parle dans son commentaire sur la coutume de Bretagne. Mais Pothier ajoute que la novation ne se présume jamais (1).

Les auteurs du code ont formulé la tradition française dans l'article 1273. C'est en ce sens que l'orateur du gouvernement explique cette disposition : « Toute novation étant un nouveau contrat substitué à l'ancien, il faut que la volonté de former ce contrat résulte clairement de l'acte. La renonciation aux droits que donnait la première obligation ne doit pas dépendre d'une présomption, et si l'on n'exige pas une déclaration en termes précis et formels, il faut au moins que l'intention ne puisse être révoquée en doute. » Le rapporteur du Tribunat dit formellement que les auteurs du code ont entendu s'écarter de la constitution de Justinien. « Faut-il que les parties déclarent explicitement qu'elles veulent faire novation? Une des dernières lois romaines l'avait ainsi prescrit. Il nous semble que

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 594.

notre projet a adopté une disposition judicieuse, en exigeant seulement que la volonté d'opérer la novation résulte clairement de l'acte. La loi ne pouvait consacrer une formule. Il ne serait pas raisonnable que l'absence d'un mot pût empêcher les juges de déclarer qu'il y a eu novation dans un acte, lors même que toutes les clauses de l'acte auraient fait éclater la volonté que les parties avaient eue de faire novation (1) ».

La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2). Il y a un arrêt très-bien motivé de la cour de Rouen, rendu sur renvoi, qui résume ce que nous venons de dire. La cour établit, ce qui est le point essentiel, que l'art. 1273, loin de reproduire la constitution de Justinien, a eu pour objet d'y déroger. En disant que la novation ne se présume pas, la loi trace aux juges la règle à suivre dans l'appréciation des faits et des conventions intervenues entre les parties, et leur donne par là implicitement le droit d'apprécier les faits et les circonstances pour décider s'il y a ou non novation. La loi ajoute que la volonté d'opérer la novation doit résulter clairement de l'acte, afin d'écarter les novations conjecturales que l'on admettait dans l'ancien droit romain (3). Bref, en dérogeant à la constitution de Justinien qui établissait une exception au droit commun, le code est revenu au droit commun.

261. On a cependant soutenu devant la cour de cassation que l'article 1273 dérogeait au droit commun en un sens, c'est qu'il ne permettait pas de prouver la novation par de simples présomptions. C'était se prévaloir de la lettre de la loi contre le but que le législateur a eu en vue. Il est vrai que l'article 1273 dit que la novation ne se présume pas, ce qui semble écarter les présomptions; et dire que les présomptions ne sont pas admissibles, c'est rejeter la preuve testimoniale, ce qui aboutit à exiger un écrit pour la preuve de la novation. La cour répond que l'article 1273 n'a pas eu pour objet de décider une ques-

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 146; Jaubert, Rapport, n° 39 (Locré, t. VI, p. 173, 214).
(2) Toullier, t. IV, 1, p. 221, nos 276 et 277, et tous les auteurs.
(3) Rouen, 10 juin 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2452, 3).

tion de preuve, qu'il établit uniquement un principe concernant la novation, à savoir qu'il faut la volonté de nover, et que cette volonté doit ressortir clairement de ce qui s'est passé entre les parties. Autre est la question de la preuve. La loi ne dit pas comment la novation sera prouvée ; elle s'en réfère par cela même aux règles générales qu'elle trace sur les preuves. Or, le code admet les présomptions dans les cas où la preuve testimoniale est admissible, donc quand il y a un commencement de preuve par écrit ; ce n'est pas là présumer la novation, c'est la prouver d'après un mode légal de preuve (1).

Nous empruntons à la jurisprudence un exemple qui montrera le grave intérêt de cette question souvent débattue devant la cour suprême. Une société commerciale prend fin par l'expiration du terme pour lequel elle avait été contractée. Au moment de la dissolution le demandeur était créancier par compte courant d'une somme de 44,000 à 45,000 fr. L'un des associés reprit les affaires sous une nouvelle raison sociale, pour les mêmes opérations, sur les mêmes bases et dans les mêmes locaux ; dans la circulaire qu'il adressa aux créanciers de la société dissoute, il exprimait l'espoir qu'ils continueraient à lui accorder la confiance qu'ils avaient accordée à la société dissoute. Depuis cette époque le demandeur continua ses relations avec la nouvelle maison, sans jamais réclamer la liquidation ni le payement de sa créance. Mais la nouvelle société ayant fait faillite, le demandeur réclama contre les héritiers d'un des associés solidaires de la première maison le payement de sa créance, en déduisant ce qu'il avait touché dans la faillite. Le défendeur répondit qu'il y avait eu novation par la substitution d'un nouveau débiteur ; il invoqua les faits et les circonstances que nous venons de rapporter. Les juges du fait admirent la novation. Après la dissolution de la première société, le demandeur continua à faire des versements sur son compte courant ; le compte qu'il recevait chaque semestre

(1) Rejet, 14 mars 1834 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2501, 2°), et 9 juillet 1834 (*ibid.*, n° 2501, 3°). Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 217, note 29, § 324.

comprenait tout ensemble les versements faits à l'ancienne maison et ceux faits à la maison nouvelle; le demandeur, en approuvant ces comptes, témoignait la volonté de n'avoir qu'un seul débiteur, le chef de la nouvelle société. La cour de Montpellier ajoute que la volonté de faire novation résulte de l'ensemble des faits et circonstances de la cause. Pourvoi en cassation fondé sur la violation de l'article 1273. La difficulté de droit consistait à savoir si, en supposant que la créance fût civile, il y avait un commencement de preuve par écrit qui autorisât le juge à décider le débat par des présomptions. Or, des écrits émanés du demandeur fournissaient un commencement de preuve, ce qui était décisif. La cour, maintenant sa jurisprudence, constante en ce point, décida que l'article 1273, ne prescrivant aucun mode spécial de preuve, consacrait par cela même les principes et les règles du droit commun (1).

La cour de cassation de Belgique a jugé dans le même sens. On se prévalait du mot *acte* qui se trouve dans l'article 1273 pour en induire que la loi exige un écrit; la cour répond que dans le langage de nos lois ce mot n'emporte pas nécessairement l'idée d'un écrit. Nécessairement non; mais il est certain que tel est le sens habituel de l'expression *acte*. Il faut donc avouer que c'est une mauvaise rédaction. La cour ajoute que lorsque dans certains cas le législateur a voulu un acte écrit, il a eu soin de l'exiger expressément. Cela est exact; il s'agit de déroger à une règle fondamentale, il fallait, pour une exception dont rien ne démontre la nécessité, une exception formelle de la volonté du législateur. Dire que la novation ne se présume pas, c'est dire que celui qui l'invoque doit la prouver; de même que l'article 1116 dit : Le dol ne se présume pas, il doit être prouvé. Comment se fera la preuve? Les articles 1273 et 1116 ne le disent point, donc ils s'en rapportent au droit commun (2).

262. En matière commerciale, la preuve par témoins est toujours admise et, par suite, les présomptions,

(1) Rejet, 12 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 1, 433).
(2) Rejet, 29 juillet 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 15).

même sans commencement de preuve par écrit, peuvent être invoquées pour prouver la novation. Dans une espèce jugée par la cour de cassation, il s'agissait, comme dans celle que nous venons de rapporter (n° 261), d'une société commerciale dissoute et reprise par un des associés. L'ancienne société était prospère au moment où elle se dissolvait, rien n'empêchait les créanciers de demander le remboursement de leurs créances; au lieu de cela, le demandeur continua ses versements entre les mains du nouveau banquier; il intenta même contre lui une instance, sans faire aucune réserve contre l'ancienne maison; c'est seulement quand la nouvelle fit faillite que le demandeur contesta la novation et prétendit agir contre ses anciens débiteurs. Il était trop tard; la novation avait libéré l'ancien débiteur. La cour de cassation décida que l'affaire étant commerciale, le premier juge avait pu admettre la novation en s'appuyant sur les présomptions qui résultaient des faits et circonstances de la cause (1).

263. Il se présente encore une difficulté en cette matière. La cour de cassation peut-elle connaître de contestations qui portent sur des circonstances dont l'appréciation appartient au juge du fait? Il y a eu quelque hésitation sur ce point dans la jurisprudence; les derniers arrêts ne laissent aucun doute, et sur la question de principe il ne peut guère y en avoir; il n'y a que l'application qui soit délicate. Le débat porte sur la question de savoir s'il y a eu ou non intention de nover; la preuve résulte des faits et circonstances, il appartient au premier juge de constater les faits et de déterminer le sens des actes dont on prétend faire ressortir l'intention de nover. La cour de cassation prend les faits et les actes tels qu'ils ont été déterminés par la cour d'appel, mais elle a le droit d'apprécier les conséquences légales que le premier juge tire de ces faits et de ces circonstances pour admettre ou rejeter la novation; cette question-là est, en effet, une

(1) Rejet, 31 mai 1854 (Dalloz, 1854, 1, 347). Comparez Rejet, 25 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 159). Rejet, chambre civile, 8 mars 1853 (Dalloz, 1854, 5, 510). Angers, 29 juillet 1868 (Dalloz, 1869, 2, 8).

question de droit (1). Nous allons entendre la cour de cassation elle-même.

On lit dans un arrêt rendu sur le rapport du conseiller D'Ubexi : « En matière de novation, comme en toute autre matière, une ligne de démarcation nettement tranchée sépare le pouvoir de révision de la cour de cassation du pouvoir souverain du juge du fond. Cette ligne commence là où s'arrête le fait et où le droit apparaît. La loi définit la novation et détermine, avec ses caractères essentiels, les divers modes par lesquels elle peut s'opérer. Il est du droit et du devoir de la cour de cassation de vérifier si, dans les constatations de la décision qui lui est déférée, les caractères légaux de la novation et les conditions essentielles auxquelles elle est soumise se rencontrent. Mais la cour excéderait sa mission et empiéterait sur le domaine du juge du fond si elle contrôlait, pour les rectifier au besoin, les faits qu'il constate, les interprétations qu'il donne aux actes, les conséquences qu'il en induit et les appréciations d'intention sur lesquelles il se fonde pour déclarer l'existence de tous les éléments constitutifs de la novation, éléments parmi lesquels se place en premier ordre la volonté de l'opérer. Ces constatations et ces appréciations de fait et d'intention restent essentiellement dans le domaine souverain du juge du fait et ne peuvent donner ouverture à cassation (2). »

Le plus souvent la cour prononce des arrêts de rejet, parce que la difficulté gît régulièrement dans la volonté de nover qui s'induit de l'acte, comme dit l'article 1272, c'est-à-dire des faits et circonstances de la cause. Nous citerons une de ces décisions. Un père constitue une somme de 30,000 francs en dot à son fils ; le donataire donne quittance. Doit-il le rapport de la dot ? Oui, si réellement elle a été payée. Or, en fait, il était établi que les 30,000 francs n'avaient pas été touchés par le donataire ; ils étaient restés dans les mains du constituant pour être versés dans une société à former entre

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 220, notes 44 et 45, § 324.
(2) Rejet, 12 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 1, 433).

lui et son fils ; la constitution de cette société était donc la condition sous laquelle le donataire avait donné quittance. Or, la société n'avait jamais été formée, le père étant tombé en faillite quelque temps après la célébration du mariage. Les cohéritiers du donataire prétendirent que la quittance avait éteint la dette résultant de la constitution de dot par la substitution d'une nouvelle dette. Il a été jugé qu'il n'y avait pas novation; restait une quittance conditionnelle qui tombait avec la condition; il en résultait que la dot n'ayant pas été payée, il n'y avait pas lieu de la rapporter. Pourvoi en cassation. La cour rendit un arrêt de rejet. La cour de Lyon, dit-elle, en décidant que la quittance donnée par le fils, sous la condition qu'une société serait constituée entre lui et son père, n'avait pu éteindre la dette de celui-ci, a fait une appréciation de l'intention des parties qui échappe à la censure de la cour de cassation. Et en déduisant des faits ainsi constatés que la première dette n'avait pas été éteinte, et que, par suite, il n'y avait pas eu novation, aux termes de droit, la cour, loin d'avoir méconnu les caractères légaux de la novation, les a, au contraire, formellement consacrés (1).

Dans l'espèce suivante, la cour a cassé. Une créance est portée dans un compte général comprenant des articles d'origine et de nature diverses, afin d'en faciliter le règlement. La cour d'appel jugea que ce seul fait emportait novation. Pourvoi en cassation. On objecte que la cour est incompétente. L'arrêt rendu, après délibéré en chambre du conseil, sur le rapport de M. Larombière, cassa : « Si, dit la cour, l'interprétation des actes d'où l'on prétend faire résulter une novation et l'appréciation de la volonté des parties de l'opérer, sont des questions de fait abandonnées à la décision souveraine des tribunaux, il appartient à la cour de rechercher en droit si les faits par eux établis réunissent les caractères légaux de la novation, tels qu'ils sont définis par la loi. Est-ce que le

(1) Rejet, 18 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 347). Comparez les arrêts rapportés dans le *Répertoire de Dalloz*, au mot *Obligations*, nos 2504-2507.

simple fait d'avoir porté dans un compte courant des créances d'origine et de nature diverses, en vue d'en présenter l'ensemble et d'en faciliter le règlement emporte novation par la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne? Ceci était une question de droit que la cour pouvait et devait examiner. La cour la décida négativement et cassa l'arrêt qui avait jugé en un autre sens (1).

ARTICLE 2. Des diverses espèces de novation.

§ Ier. *De la novation objective.*

N° 1. PRINCIPE.

264. Quelles sont les conditions requises pour la novation objective? Aux termes de l'article 1271, la novation s'opère lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte. Les conditions résultent de la définition. Il faut le consentement du créancier et du débiteur, puisqu'ils éteignent une obligation première et lui en substituent une nouvelle. Il faut une dette nouvelle, et les conditions générales requises pour toute novation, la capacité des parties et la volonté de nover. Quand y a-t-il dette nouvelle? Quand y a-t-il volonté de nover? Ces questions ont donné lieu à d'innombrables procès. Il nous faut voir s'il y a un principe qui dirige l'interprète dans ce dédale de controverses.

265. Une première question se présente et elle est capitale : Dépend-il des parties de déclarer qu'il y a novation ou qu'il n'y en a point? On suppose qu'elles apportent un changement à l'obligation première : peuvent-elles convenir que ce changement emporte novation? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse; le créancier est libre de renoncer au droit que lui donne la première créance et le débiteur est libre de contracter un nouvel engagement

(1) Cassation, 29 novembre 1871 (Dalloz, 1873, 1, 82).

sous la condition que le premier soit éteint. Donc quelque peu considérable que soit le changement, si les parties disent que la première dette sera éteinte et remplacée par la dette modifiée, il y aura novation. C'est une question d'intérêt privé ; or, le législateur permet aux parties contractantes de régler leurs intérêts comme elles veulent.

Supposons maintenant que les parties fassent un changement qui par lui seul emporte novation, l'objet de la dette nouvelle n'étant plus le même ; peuvent-elles déclarer que, néanmoins, il n'y a pas novation? Non, dit Pothier ; et il a raison. Quand on dit que les parties peuvent faire telles conventions qu'elles jugent convenable, on suppose que ce qu'elles veulent est légalement possible ; or, quand les parties font une convention d'où résulte la novation, elles ne peuvent pas dire qu'il n'y aura pas de novation, cela serait contradictoire, car ce serait dire : Je nove et je ne nove pas. C'est le cas d'appliquer le vieil adage d'après lequel la protestation contraire à l'acte est inopérante. Si je fais une vente, j'ai beau dire que ce n'est pas une vente, ce sera néanmoins une vente. De même si je nove une dette pure et simple contre une dette conditionnelle, j'ajouterai vainement que je ne veux pas nover ; je nove, parce que la convention est une novation, et vainement dirais-je que je n'entends pas nover ; c'est comme si je disais : Je nove et je ne nove pas. Le fait l'emportera sur une protestation qui est absurde. Tout ce que l'on pourrait soutenir, c'est que si une hypothèque était attachée à la première créance qui est éteinte, elle sera réservée au profit de la seconde. C'est l'avis de Pothier ; il donne à la réserve le seul effet légal qu'elle puisse avoir (1).

266. Il y a une autre difficulté. Toute novation suppose la volonté de nover. Pour que la novation objective existe, il faut donc que les parties aient eu l'intention d'éteindre la première dette et de lui substituer la seconde.

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 595. Championnière et Rigaud, n° 1317 (t. II, p. 309).

Mais il importe de préciser le cas dans lequel le juge est appelé à examiner l'intention des parties contractantes. Si, comme nous venons de le supposer, la nouvelle dette a un objet différent, la dette est par cela même une dette différente de la première, et à moins de soutenir qu'il y a deux dettes, il faut dire qu'il y a novation. L'intention de nover ne peut pas être contestée, puisque le texte de la loi décide qu'il y a novation lorsqu'une dette nouvelle est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte. Par cela seul qu'il y a une nouvelle dette, il y a intention de nover; le juge ne pourrait donc pas décider qu'il n'y a pas novation, parce que les parties n'avaient pas l'intention de nover; une pareille décision serait contraire à la loi, comme l'est la protestation des parties qui, tout en novant, disent qu'elles ne novent pas.

Quand donc le juge doit-il examiner si les parties ont eu la volonté de nover? Lorsque les parties, tout en maintenant la dette, y apportent des changements qui peuvent impliquer la volonté de nover. Les parties contractantes peuvent nover, quel que soit le changement qu'ils font, elles peuvent aussi nover tacitement. Mais il y a une grande différence entre la novation expresse et la novation tacite. La novation expresse existera quel que soit le changement; elle ne résulte pas du changement, elle résulte de la volonté des parties. La novation tacite, au contraire, ne peut être admise que lorsque le changement est tel, qu'il suppose nécessairement la volonté de nover : tout dépend alors de la nature du changement.

Y a-t-il un principe qui serve à décider ces difficiles questions? Il est certain que toute changement n'emporte pas extinction de la dette; les parties peuvent y ajouter ou en retrancher quelque chose sans que l'obligation soit détruite; tout ce qui en résultera, c'est que l'obligation sera modifiée. Mais il y a aussi des changements qui impliquent novation. Toullier pose à cet égard le principe suivant : « La volonté d'opérer novation résulte nécessairement du nouvel acte lorsque la seconde obligation est en tout incompatible avec la première, c'est-à-dire lorsqu'elles ne peuvent subsister ensemble toutes les deux,

de sorte que la seconde convention subsistant, il s'ensuit que la première demeure nulle et de nul effet (1). Nous doutons que ce principe soit exact; si une première dette est sans terme et que les parties y ajoutent un terme, on pourrait dire qu'il y a deux obligations qui ne peuvent subsister simultanément, car une seule et même obligation ne peut pas être tout ensemble à terme et sans terme. Cependant, comme nous le dirons plus loin, tout le monde s'accorde à décider que l'addition ou le retranchement d'un terme n'emporte pas novation. Le principe se trouve donc en défaut, ou bien on doit le formuler autrement.

Les éditeurs de Zachariæ formulent le principe d'une manière plus précise. Il faut d'abord que le changement porte sur l'objet même de la prestation, sinon il ne saurait y avoir de novation objective. La loi dit (art. 1271, 1°) qu'il faut une nouvelle dette; or, il peut y avoir nouvelle dette quoique l'objet reste le même, si la nature juridique de l'obligation est transformée : une obligation conditionnelle, par exemple, est remplacée par une obligation pure et simple, la chose due restant la même. Ce qu'il y a donc d'essentiel, c'est que le changement ait pour effet de transformer l'ancienne dette en une dette nouvelle; c'est la formule de la loi, et celle-là est toujours la meilleure. MM. Aubry et Rau ajoutent que la nouvelle obligation doit être incompatible avec l'ancienne; c'est le principe de Basnage reproduit par Toullier; nous venons de dire qu'à notre avis ce caractère est trop général.

Le principe, ainsi formulé, est encore trop restreint; car il y a des changements qui par eux-mêmes n'emporteraient pas novation et qui novent néanmoins l'ancienne obligation, si telle est l'intention des parties contractantes, et cette intention peut être tacite. Ceci est le point délicat de la difficulté pour la solution de laquelle nous cherchons un principe; il n'y en a pas d'autre que celui de l'article 1273 : la volonté de nover doit résulter claire-

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 223, n° 278, d'après Basnage, *Hypothèques*, Ire partie, chap. XVII.

ment de l'acte. Il faut donc que le juge prouve, par les faits et les circonstances de la cause, que la volonté de nover n'est pas douteuse (1).

N° 2. APPLICATION.

I. *Changement d'objet.*

267. Un immeuble est donné en payement d'une somme prêtée. Si l'immeuble est livré, il y a dation en payement, donc extinction de la dette sans substitution d'une dette nouvelle. Si le débiteur s'engage à donner un immeuble pour se libérer et que le créancier accepte cette promesse, il y a novation par changement d'objet. L'ancienne dette était mobilière, la nouvelle est immobilière; l'objet est différent, et il y a entre les deux dettes toutes les différences qui séparent les droits mobiliers des droits immobiliers.

Le créancier de deux époux accepte du mari, en payement de toute la dette, une maison avec subrogation dans ses droits contre la femme. Il a été jugé qu'il y a novation; l'ancienne dette est éteinte. Le créancier, évincé de la maison, n'aura de recours que contre le mari, sauf à exercer au nom de son débiteur la subrogation que celui-ci avait consentie; que si la femme a payé ce qu'elle devait en vertu de la subrogation, tout recours du créancier sera éteint par suite de la novation (2).

268. Y a-t-il novation quand la dette d'un capital est convertie en rente? La question, controversée sous l'ancien droit, l'est encore en droit moderne. S'il y a transformation du capital en rente viagère, il n'y a point de doute; en effet, le crédirentier aliène son capital, il n'a plus droit qu'à des arrérages. Non-seulement l'objet de la dette est changé, la nouvelle dette est d'une nature tout à fait différente, c'est un droit aléatoire; le créancier perdra tout son capital s'il vient à mourir de suite, et il

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 217 et 218, note 36.
(2) Bourges, 21 décembre 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2431).

gagnera beaucoup au delà de son capital si sa vie se prolonge (1).

On ne peut pas en dire autant quand la rente est perpétuelle; le capital n'est pas aliéné, les arrérages représentent les intérêts du capital, seulement le créancier ne peut pas exiger le remboursement du capital. De là un doute. Pothier se prononce pour la novation, il en donne une raison qui nous paraît décisive : la créance d'une rente est proprement la créance des arrérages qui en courront à perpétuité jusqu'au rachat, ce n'est plus la créance d'un capital dont le créancier peut exiger le remboursement, car le crédirentier ne peut pas demander le remboursement; son droit a donc un autre objet (2). On objecte que l'ancienne créance subsiste, puisqu'elle forme le capital dont le débiteur paye les arrérages. Qu'importe, dit-on, que le créancier ne puisse pas exiger le remboursement du capital? Il ne lui est pas moins dû quand le débiteur ne paye pas les arrérages; s'il consent à ne pas l'exiger, c'est sous la condition que le débiteur payera la rente (3). Au point de vue des principes, l'objection n'est pas sérieuse : comment dire qu'il n'y a aucun changement dans l'objet de la dette alors que, créancier d'un capital de 10,000 francs, je puis en exiger le payement, tandis que, comme créancier d'une rente, je n'ai droit qu'aux arrérages? Mais l'objection acquiert quelque gravité quand on se place au point de vue de l'intention des parties contractantes. Il faut entendre la jurisprudence qui est toujours dominée par les faits et circonstances de la cause.

Nous laissons de côté un arrêt de la cour de Rennes qui est fondé sur l'autorité des anciens auteurs français et bretons. La tradition est favorable à notre opinion, car, pour les auteurs du code, la tradition se résume

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 225, n° 280. Championnière et Rigaud, n° 1316 (t. II, p. 309).

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 595. Dans le même sens, Toullier, t. IV, 1, p. 225-227, n° 280. Championnière et Rigaud, n° 1317. Aubry et Rau, t. IV, p. 217 et note 31, § 324.

(3) Larombière, t. III, p. 529, n° 9 de l'article 1273 (Éd. B., t. II, p. 322). Troplong, *Vente*, n° 649.

dans le nom de Pothier, et Pothier s'est prononcé pour la novation. La cour de Bourges insiste sur l'intention des parties contractantes : elle doit être évidente, dit-elle, pour que l'on puisse admettre la novation; or, on ne trouve pas cette volonté certaine de nover quand les parties transforment une dette exigible en une dette non exigible (1). Nous répondons avec Pothier que les parties ne peuvent pas vouloir qu'une dette qui n'a plus le même objet soit la même; or, dès qu'il y a changement de dette, il y a novation, d'après l'article 1271, 1°. Quand même les parties diraient qu'elles n'entendent pas faire novation, leur protestation serait inopérante; à plus forte raison leur volonté tacite ne peut-elle pas être invoquée pour en induire qu'elles ont voulu faire autre chose que ce qu'elles ont fait. La cour de Caen dit très-bien que la conversion en rente d'une somme exigible emporte par sa nature novation à la créance primitive, puisqu'elle substitue à l'ancienne dette une dette nouvelle et d'une espèce toute différente (2).

269. Faut-il maintenir cette décision lorsque le prix de vente est transformé en une rente perpétuelle par le contrat même de vente? Nous croyons que, dans ce cas, il n'y a pas de novation. Il est certain qu'il ne saurait être question de novation lorsque les parties stipulent le prix sous forme de rente perpétuelle; il n'y a jamais eu de dette capitale; dans ce cas, il n'y a qu'une seule dette existant dès le principe, la dette d'une rente. Or, quelle différence y a-t-il entre dire que la chose est vendue pour une rente de 500 fr. ou qu'elle est vendue pour 10,000 fr., lesquels sont constitués en une rente de 500 francs? Si l'on mentionne le capital de 10,000 francs, ce n'est pas que, dans l'intention des parties, cette somme ait jamais été due, c'est pour fixer le taux de la rente; donc le prix consiste réellement dans la rente, et il n'y a jamais eu

(1) Rennes, 18 décembre 1811; Bourges, 5 février 1812 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2400).

(2) Caen, 21 octobre 1826 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2399). Rejet, 7 décembre 1814 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1420).

d'autre dette. C'est l'opinion commune (1). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Liége qui se prononce pour la novation, parce qu'un capital non exigible a été substitué à un capital exigible (2). N'est-ce pas décider la question par la question? Il s'agit précisément de savoir s'il y a jamais eu dette d'un capital. C'est une question d'intention plutôt que de droit. Un arrêt de la cour de Bordeaux établit très-bien que l'intention des parties n'est pas, dans l'espèce, de créer une dette exigible, qui ne durerait qu'un instant, pour la remplacer immédiatement par une dette non exigible (3); ces subtilités-là se trouvent chez des jurisconsultes qui raisonnent d'après les principes; on ne les rencontre pas chez les parties contractantes.

Bien moins encore y a-t-il novation lorsque les parties se bornent à stipuler que le prix restera dans les mains de l'acquéreur, qui en payera l'intérêt à 5 p. c. jusqu'à ce qu'il juge à propos de s'en libérer. Ce n'est pas là une constitution de rente; les parties ne font que dire dans leur contrat ce qui se serait fait en vertu de la loi, quand le prix de vente n'est pas payé immédiatement et que la chose vendue produit des fruits (art. 1652). Il n'y a donc qu'une seule dette, celle d'un capital; seulement cette dette est à terme, et le terme est abandonné à la volonté de l'acheteur, ce qui ne change pas la nature du contrat (4).

270. Il n'y aurait pas de novation si les conventions intervenues entre les parties pour le payement d'une rente concernaient le payement plutôt que la dette; le mode de payement, comme nous le dirons plus loin, n'influe pas sur la nature de la dette. Le créancier d'une rente viagère accepte du débiteur un titre de rente 5 p. c. sur l'Etat, spécialement affecté au service des arrérages. Il n'y a pas de novation, puisque la rente subsiste sans modification aucune. Dans l'espèce, la question était de savoir

(1) Championnière et Rigaud, nos 1318 et 1319 (t. II, p. 310-312). Paris, 11 mars 1816 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1356, 5°).
(2) Liége, 14 août 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 231).
(3) Bordeaux, 23 mars 1832 (Dalloz au mot *Rente*, n° 152) et 6 août 1852 (Dalloz, 1856, 2, 18).
(4) Bruxelles, 29 mai 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 430).

si la réduction des rentes sur l'Etat prononcée par le décret du 14 mars 1852 frappait le crédirentier. La négative était évidente du moment que l'on admettait qu'il n'y avait pas de novation (1).

Des immeubles sont donnés à charge de rente viagère au profit du donateur. Plus tard le donateur consent, à l'égard de l'un des donataires, à reprendre la jouissance des immeubles donnés, au lieu d'exiger l'acquittement de la rente. Y avait-il novation par la substitution d'un usufruit à une rente viagère? C'est une question d'intention, elle a été jugée en faveur du donateur. La rente viagère dépasse d'ordinaire la valeur des fruits; quand donc le donateur consent à jouir des fruits, il ne peut avoir l'intention de renoncer à la rente; ce serait, selon les circonstances, une nouvelle libéralité, et la donation se présume aussi peu que la novation. La cour de cassation a décidé qu'il y avait un simple changement temporaire dans la prestation de la rente. Pour qu'il y eût novation, dit-elle, il faudrait ou une convention par laquelle les parties auraient remplacé la rente viagère par un simple usufruit, ou des faits constants qui, à raison de leur incompatibilité avec la persistance de l'ancienne dette, supposeraient nécessairement un accord entre les parties pour remplacer la première dette par une dette nouvelle (2).

271. Une rente perpétuelle stipulée en denrées est convertie en une rente perpétuelle en argent. Y a-t-il novation? Ce qui, dans l'espèce, rendait la question douteuse, c'est que les parties avaient déclaré que, sauf le changement des denrées en argent, elles n'entendaient déroger en rien aux autres clauses du contrat primitif. C'était dire qu'elles ne voulaient pas nover. Il a été jugé néanmoins, et avec raison, que le changement de l'objet entraînait novation; le texte de l'article 1271, 1°, le décide; et lorsque la convention établit une dette nouvelle, il y a novation, quand même les parties déclareraient qu'elles

(1) Douai, 1er juillet 1854. Paris, 28 juillet 1853 (Dalloz, 1855, 2, 43 et 44).
(2) Cassation, 17 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 1, 16).



ne veulent pas nover : leur protestation est contraire à l'acte, donc inefficace (1).

Par la même raison, il y a novation lorsqu'une rente viagère est convertie en une obligation de nourrir et d'entretenir le crédirentier pendant toute sa vie. Autre est une créance alimentaire, autre est une rente viagère; il y a changement de dette; donc, dit la cour de cassation, la convention rentre littéralement dans la disposition de l'article 1271 ; en effet, la seconde dette est si essentiellement différente de la première, qu'elle n'a d'existence que parce que la première n'en a plus (2).

272. Si les parties conviennent que le débiteur payera des intérêts qui n'étaient pas dus en vertu du contrat primitif, y aura-t-il novation? La cour de Bruxelles a jugé la négative; le capital n'est point aliéné, la dette reste donc la même; il y a un changement, il est vrai; mais comme il n'altère pas la nature de la dette, il faudrait qu'il manifestât bien clairement la volonté de nover pour que l'on pût admettre qu'il y a novation; or, telle n'est pas la stipulation d'intérêts; c'est, dit la cour, une indemnité que le débiteur accorde à son créancier à l'effet d'obtenir un délai pour le payement, et quand il payera, ce sera littéralement l'ancienne dette; il n'y a donc rien de nouveau, partant pas de novation (3).

II. *Nature de l'obligation.*

273. Quand une dette commerciale est transformée en dette civile, il est certain qu'il y a novation; bien que l'objet de la dette reste le même. C'est qu'il y a des différences essentielles entre une dette civile et une dette commerciale. Avant l'abolition de la contrainte par corps, la personne, la liberté du débiteur commerçant répondait de sa dette, tandis que le débiteur civil n'engageait régu-

(1) Jugement du tribunal de Nantes, 20 avril 1849 (Dalloz, 1849, 5, 162, n° 44).

(2) Cassation, 12 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 1, 76).

(3) Bruxelles, 31 octobre 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 312) et 30 juin 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 133).

lièrement que ses biens. Il reste encore une différence capitale, la juridiction et, par suite, la procédure. Or, dès qu'une dette de nature différente prend la place d'une autre dette, il y a novation.

274. La difficulté est de savoir quand une dette commerciale est remplacée par une dette civile. Dans l'ancien droit, on jugeait qu'une dette commerciale devient dette civile lorsqu'elle est constatée par acte authentique. Duranton critique cette jurisprudence et avec raison; il est vrai qu'il n'est point d'usage de dresser des actes notariés pour les dettes de commerce, mais aucun texte, aucun principe ne s'oppose à ce qu'un engagement commercial soit revêtu de la forme authentique; l'authenticité est une question de preuve; or, le mode de prouver une dette n'en change certes pas la nature ni les effets. La jurisprudence, sous l'empire du code civil, est en ce sens (1). Il avait été jugé par la cour de Paris que le créancier qui stipulait l'authenticité et une hypothèque, convertissait son obligation commerciale en une obligation purement civile, et renonçait par là à la juridiction consulaire. Cette décision a été cassée. Il y avait, dans l'espèce, des circonstances qui rendaient la question, sinon douteuse, du moins controversable. Il n'est pas d'usage de stipuler des garanties réelles pour des dettes de commerce; à cela la cour de cassation répond, et la réponse est péremptoire, que la sûreté hypothécaire que le débiteur ajoute à son engagement principal n'en change pas la nature. Le créancier, nanti d'un acte notarié, avait remis ses titres commerciaux au débiteur; peu importe, dit la cour, la remise des titres n'empêchait pas que la cause de la dette ne restât commerciale. Une autre circonstance témoignait pour le maintien de l'ancienne dette : le débiteur s'obligeait à payer l'intérêt de 6 p. c., ce qui, sous l'empire de la législation française, n'était permis que pour les dettes de commerce (2). A notre avis, toutes ces circonstances sont

(1) Duranton, t. XII, p. 405, n° 290. Aubry et Rau, t. IV, p. 218, note 35, p. 324.

(2) Cassation, 21 février 1826 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2432). Comparez Liége, 17 mai 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p 75). Paris, 27 novembre 1841 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 70).

indifférentes; la dette ne peut changer de nature que si l'intention de nover résulte nécessairement de l'acte, et le changement de titre ne manifeste aucune volonté de nover.

275. Dans l'espèce suivante, il a été jugé qu'il y avait novation par substitution d'une dette civile à une dette commerciale. Un père forme avec ses deux fils une société de commerce; il était, lors de son décès, créancier de la société. Cette créance fut attribuée à la veuve pour la remplir de ses reprises résultant de la communauté qui avait existé entre elle et son mari. La veuve décéda sans avoir touché la créance; une contestation s'éleva entre ses fils, dont l'un accepta seul la succession de la mère et actionna son frère en payement de la moitié de la créance contre la société. Celui-ci contesta que la créance fût commerciale. La cour de Riom jugea que l'attribution à la veuve de l'associé d'une créance contre la société en changeait la nature, le nouveau créancier n'étant pas commerçant et l'opération qui lui transmettait cette créance étant purement civile; il y avait aussi un nouveau débiteur. De sorte que, sous tous rapports, il y avait novation (1).

III. *Modalité.*

276. Le mode peut consister dans une condition, ou dans un terme, ou dans une charge. Que la condition change la nature de la dette, cela ne fait pas de doute, nous en avons déjà fait la remarque. Les effets d'une dette pure et simple et ceux d'une dette conditionnelle diffèrent du tout au tout. Quant à la charge, elle modifie aussi la nature de la dette, puisqu'elle la rend résoluble si la charge n'est pas remplie. Il n'en est pas de même du terme; il n'apporte aucun changement à la nature de la dette ni à ses effets, sauf que le payement est ajourné, donc il n'y a pas de novation. Il faudrait une convention formelle pour qu'il y eût novation ou du moins des faits

(1) Rejet, 2 décembre 1868 (Dalloz, 1869, 1, 129).

qui ne laissent aucun doute sur la volonté de nover, ce qui est une pure hypothèse. Le code confirme cette théorie. Aux termes de l'article 2039, la simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge point la caution. C'est dire qu'il n'y a pas de novation, car s'il y avait novation à l'égard du débiteur principal, elle libérerait la caution, d'après l'article 1281. Et si la prorogation d'un terme ne fait pas novation, il en doit être de même quand le créancier concède un terme au débiteur qui n'en avait point, ou quand le débiteur renonce au terme que lui donnait le contrat; il y a même raison de décider, donc même décision. La doctrine est en ce sens (1), ainsi que la jurisprudence (2).

277. Il suit de là que le contrat d'atermoiement ne nove pas les droits des créanciers (3). S'ils consentent à accorder des délais à leur débiteur, c'est par nécessité et pour tirer un meilleur parti de leurs créances; une concession qu'ils font malgré eux ne peut certes pas altérer leurs droits. A plus forte raison en est-il ainsi du concordat que les créanciers ne consentent que sous le coup de la nécessité. Les créanciers conservent leurs titres qui peuvent reprendre toute leur force lorsque le failli n'exécute pas les conditions du concordat. Il n'y a pas à distinguer entre les créanciers hypothécaires et les créanciers chirographaires; la cour de Paris dit très-bien que tous subissent la nécessité de la situation qui leur est faite par la faillite; tous conservent la totalité de leurs créances contre les coobligés du failli (4); preuve certaine qu'il n'y a pas de novation, car la novation libère les codébiteurs solidaires et les cautions (art. 1281).

Bien moins encore le consentement donné par le créancier à une demande en sursis faite par le débiteur emporte-t-il novation. Il s'agit simplement de suspendre les poursuites en accordant au débiteur solvable des

(1) Duranton, t. XII, p. 401, n° 286. Mourlon, t. II, p. 736, n° 1401.
(2) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 2440.
(3) Rejet, 11 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 435).
(4) Paris, 16 avril 1864 (Dalloz, 1864, 2, 127). Comparez Bruxelles, 6 juin 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 392).

délais pour le payement ; les dettes restent les mêmes, donc il n'y a pas de novation (1).

IV. *Garanties.*

278. Le débiteur consent à fournir une caution; il s'oblige à donner un gage, une hypothèque, ou il stipule la remise du cautionnement, du gage, de l'hypothèque. Y aura-t-il novation? Tous les auteurs s'accordent à répondre négativement (2). La raison en est que ces obligations accessoires laissent subsister la dette principale telle qu'elle était; un accessoire ajouté ou retranché ne peut pas avoir pour effet de créer une obligation nouvelle en éteignant l'ancienne. La jurisprudence est conforme.

Le débiteur souscrit des billets à ordre ; il consent ensuite une hypothèque au créancier pour garantir toujours plus, dit l'acte, le payement des billets relatés. Voilà le but de l'hypothèque: fortifier l'obligation dont elle assure le payement ; or, donner plus de force à l'obligation, ce n'est certes pas l'anéantir. Dans l'espèce, les parties avaient pris soin d'ajouter que « le bénéfice des avals et garanties émanant de tiers était réservé au créancier *sans novation ni dérogation* (3). » Telle est toujours l'intention des parties quand elles ajoutent une sûreté réelle à l'engagement personnel, alors même qu'elles n'expriment pas leur volonté d'une manière aussi formelle (4). On a prétendu que la concession d'une hypothèque novait la première créance et, par suite, libérait la caution. La cour de Bruxelles répond qu'il est absurde de supposer une pareille intention au créancier. Dans l'espèce, la garantie hypothécaire était infiniment inférieure à la créance, tandis que la caution était solvable; et l'on veut que le créancier renonce à une garantie personnelle qui lui assure son payement intégral, en faveur d'une hypothèque

(1) Bruxelles, 31 octobre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 276).
(2) Duranton (d'après Pothier), t. XII, p. 402, n° 287, et tous les auteurs.
(3) Chambéry, 20 mars 1868 (Dalloz, 1868, 2, 192).
(4) Bruxelles, 30 juin 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 133).

qui ne lui garantit qu'une partie de sa créance! Ce serait plus qu'une novation, ce serait une remise indirecte de la dette (1).

V. *Changement de titre.*

279. La dette est constatée par un acte sous seing privé; les parties conviennent de dresser un acte authentique. Y aura-t-il novation? Non, et sans doute aucun. On ne conçoit pas même que l'on élève une contestation sur ce point; c'est méconnaître l'objet des actes que les parties jugent convenable de passer. Ils ne servent que de preuve; est-ce que la preuve plus ou moins facile, plus ou moins probante, change quoi que ce soit à la nature de la dette, à son objet, à ses effets? Il est vrai que l'acte authentique a force exécutoire, mais qu'importe? le créancier qui a un acte sous seing privé peut obtenir le même avantage en intentant une action en justice (2).

La jurisprudence est en ce sens (3). Les actes authentiques sont ordinairement accompagnés de stipulations hypothécaires. Sous ce rapport encore, on ne peut pas dire que les actes notariés fassent novation; le débiteur ne fait que consentir volontairement ce que le créancier obtenait de plein droit en agissant en justice. En effet, d'après le code civil, le jugement donnait au créancier une hypothèque sur tous les biens de son débiteur; donc en dressant un acte authentique et en consentant une hypothèque, le débiteur accorde ce qu'il ne peut pas refuser (4). Notre loi hypothécaire n'a pas maintenu l'hypothèque judiciaire. Toujours est-il que le débiteur qui souscrit un acte notarié donne à son créancier l'avantage d'une preuve authentique et d'une exécution forcée; on peut donc dire encore qu'il lui accorde ce qu'il ne saurait lui refuser. Par conséquent, il n'y a rien de changé à l'essence de la dette, ce qui exclut toute novation.

(1) Bruxelles, 22 mars 1837 (*Pasicrisie,* 1837, 2, 60).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 218, § 324, et tous les auteurs.
(3) Cassation, 21 février 1826 (Dalloz, au mot *Obligations,* n° 2432). Bruxelles, arrêt précité, note 1.
(4) Grenoble, 17 juin 1826 (Dalloz, au mot *Obligations,* n° 2432, 2°).

VI. *Mode de payement.*

280. Les conventions que les parties font en ce qui concerne le mode de payement ont donné lieu à de nombreuses contestations. A notre avis, il faut poser en principe que tout ce qui est exclusivement relatif au payement n'emporte pas novation; l'objet reste le même, il n'y a rien de changé quant à la nature de l'obligation; donc on ne peut pas dire, comme l'exige l'article 1273, que la volonté d'opérer novation résulte clairement de l'acte. Sans doute, les parties sont libres de faire novation à l'occasion du changement le plus simple qu'elles apportent à l'obligation première, et la volonté de nover peut être tacite. Si cette volonté est prouvée, tout est dit. Mais la question est de savoir si un mode de payement substitué à un autre mode implique la volonté de nover, et cette question doit être décidée négativement; il n'y a pas de novation objective là où la nature et l'objet de l'obligation restent les mêmes, à moins que la volonté de nover ne résulte bien clairement de ce qui s'est passé entre les parties.

281. La convention porte que le payement se fera au domicile du créancier. On convient que de portable qu'elle était la dette sera quérable. Y aura-t-il novation? Non, certes; car il n'y a rien de changé à la dette. Une seule et même dette peut être payée soit au domicile du créancier, soit au domicile du débiteur, soit en l'étude du notaire ou dans tout autre lieu désigné par la convention; le lieu du payement n'a donc rien de commun avec la nature de la dette, ce qui décide la question de novation (1).

282. Une dette est portée dans un compte courant. Ce fait suffit-il pour qu'il y ait novation? La jurisprudence est hésitante sur cette question, qui s'est présentée bien souvent. Il a été jugé par la cour de Gand qu'il n'y a pas novation. Dans l'espèce, la chose n'était guère douteuse, car le débiteur, tout en approuvant son compte,

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 218, note 33, § 324.

avait fait des réserves qui marquaient que son intention était simplement de renouveler l'ancienne dette (1). On voit que les circonstances du fait exercent une grande influence sur la décision. Il y a un arrêt analogue de la cour de cassation de France. Dans l'espèce, le vendeur d'un office avait laissé comprendre sa créance dans un compte courant ouvert entre lui et son débiteur. Le vendeur avait-il fait novation et avait-il, en conséquence, perdu son privilége? La cour de Douai écarta la novation, et sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. Mais la cour de cassation ne décide pas la question en principe. Elle relève les circonstances relatées dans l'arrêt attaqué. D'abord le vendeur figurait toujours dans le compte comme créancier du prix de l'office. La mention du prix de l'office se trouvait encore dans une notification du compte. C'est en appréciant ces énonciations que la cour d'appel en avait tiré la conséquence que la dette du prix n'avait pas cessé d'exister et que, par suite, les parties n'avaient pas eu l'intention, en faisant entrer le prix de l'office dans le compte, d'opérer novation par la substitution d'une dette nouvelle à une autre dette. Cette appréciation de l'intention des parties, dit la cour, puisée dans les faits et circonstances de la cause, est souveraine et n'est point soumise à la révision de la cour de cassation (2).

Les cours d'appel y mettent d'ordinaire moins de réserve; elles décident le plus souvent d'une manière absolue qu'il y a novation. Le compte courant innove, en effet, sous beaucoup de rapports. Une dette civile portant intérêt à 5 pour cent entre dans un compte courant; à partir de ce moment, les intérêts sont portés sur les balances du compte au taux commercial pour être capitalisés tous les six mois et produire de nouveaux intérêts. La cour de Rouen en conclut que l'obligation entrée dans le compte, sans réserve pour sa nature et son caractère, a nécessairement perdu l'une et l'autre pour ne plus

(1) Gand, 26 mai 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2. 393).
(2) Rejet, 16 mars 1857 (Dalloz, 1857, 1, 347).

être qu'un des éléments du compte. De là suit que l'hypothèque consentie pour la dette civile est éteinte, la dette elle-même ayant cessé d'exister (1).

Cette décision n'est-elle pas trop absolue? La stipulation d'intérêts ne change pas la nature de la dette et n'opère pas novation (n° 272). Une capitalisation d'intérêts ou des intérêts plus élevés n'impliquent pas davantage que le créancier renonce à la plus solide de ses garanties, la garantie hypothécaire, ou au privilége du vendeur (2). D'après notre droit, cela est certain, puisque les parties sont libres de stipuler tel intérêt qu'elles veulent. Même d'après la législation française, la jurisprudence des cours d'appel est très-contestable. La cour de cassation ne l'admet point. Une cour avait jugé que le fait d'avoir compris des avances privilégiées dans un compte courant général leur avait fait perdre leur caractère privilégié. Dans cette opinion, le compte courant remplace nécessairement et toujours les créances qui y entrent. La cour de cassation dit qu'il faut considérer l'intention des parties contractantes : « Le simple fait d'avoir, en exécution d'une ouverture de crédit, porté dans un compte courant général des créances d'origine et de nature diverses, en vue d'en présenter l'ensemble et d'en faciliter le règlement, ne saurait *tout seul*, en l'absence de toute convention de compte courant constatée par l'arrêt, et isolé de tout autre acte ou circonstance établissant une intention contraire, emporter novation par la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne qui serait éteinte (3). » Il y a bien des restrictions et même des obscurités dans cette décision : suffit-il, comme la cour semble le dire, d'une convention de compte courant pour qu'il y ait novation? N'est-ce pas toujours l'intention des parties qu'il faut consulter? C'est notre avis.

283. Le créancier accepte des billets négociables en payement d'une dette antérieure : y a-t-il novation? Cette

(1) Rouen, 18 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 2, 157). Comparez Besançon, 22 juin 1864 (Dalloz, 1864, 2, 119).
(2) Voet le décide ainsi (lib. XLVI, tit. II, n° 5).
(3) Cassation, 29 novembre 1871 (Dalloz, 1873, 1, 82).

question divise les auteurs et les tribunaux. Il nous semble que la négative doit être admise en principe. Les billets négociables ne sont pas une obligation nouvelle, c'est une simple promesse de payer ce qui est dû en vertu de l'obligation première. Donc le texte de l'article 1271, 1°, n'est pas applicable. Peut-on admettre que les parties ont l'intention de nover, quoique la dette reste la même? Cette volonté devrait résulter clairement de l'acte, aux termes de l'article 1273. Or, que se passe-t-il entre le créancier et le débiteur? Le débiteur souscrit des billets, c'est un mode de payement; il devait payer en espèces, au lieu de cela, il promet de payer ou de faire payer. Qu'est-ce qu'il y a de changé à la dette? Rien. Où est l'intention de nover? Il n'y en a pas. Si l'on se place au point de vue du créancier, cela est de toute évidence. La question ne présente un intérêt pratique que lorsque le créancier a des garanties quelconques pour le payement de ce qui lui est dû. Pourquoi renoncerait-il à ces garanties quand le débiteur lui donne des billets négociables? Est-ce que, par hasard, ces billets tiennent lieu de toute garantie? S'il en était ainsi, la question ne serait pas portée tous les jours devant les tribunaux. C'est parce que les billets ne sont pas payés que le débat s'élève. Et l'on veut que le créancier renonce à des droits certains pour une simple promesse qui bien souvent ne se réalise point? C'est bien le cas d'appliquer l'article 1273; la volonté de nover doit résulter clairement de l'acte; or, dans l'espèce, c'est la volonté contraire qui est certaine, sauf de rares exceptions.

C'est l'opinion de la plupart des auteurs (1). Duranton distingue. Lorsque le vendeur reçoit des billets en payement de son prix et qu'il donne quittance pure et simple, il est *clair*, dit-il, qu'il fait novation de l'action qui naît de la vente et qu'il n'a plus le privilége du vendeur; il se contente de l'action qui naît des billets au cas où ils ne seraient pas acquittés. Il nous semble que cela n'est rien moins que *clair*. Que l'on nous donne une ombre de raison

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 218, note 34, et les auteurs qui y sont cités.

qui puisse engager le vendeur privilégié à renoncer à son privilége pour se contenter de billets, alors même qu'ils ne seraient pas payés. Quand la plus simple prudence lui commande de conserver son privilége, peut-on dire que la volonté d'y renoncer résulte *clairement* de l'acceptation de billets? Il donne quittance, dit-on. Rien de plus simple : les billets sont un mode de payement; or, tout payement donne au débiteur le droit d'exiger une quittance. Mais que signifie la quittance, dans l'espèce? Elle ne signifie pas que le créancier est payé, car il ne l'est pas, et il se peut qu'il ne le soit pas. Donner quittance ne veut donc dire autre chose que de recevoir des billets en payement de ce qui est dû; cette quittance ne sera définitive que si les billets sont acquittés (1).

284. La jurisprudence, malgré quelques hésitations, se prononce en faveur de cette opinion. Quand le créancier accepte simplement les billets négociables, sans donner quittance de ce qui lui est dû, il n'y a aucun doute. Les cours le décident ainsi, presque sans motiver leurs décisions, tellement la chose est évidente; les arrêts se bornent à rappeler le principe écrit dans l'article 1273: la novation ne se présume pas, et la loi ne le dirait point, que le bon sens suffirait pour décider que le vendeur ne renonce pas à son privilége, alors qu'il accepte des billets dont rien ne lui garantit le payement (2). La cour de Bruxelles dit très-bien qu'en thèse générale la remise d'effets négociables par le débiteur au créancier n'a pour objet que de constater la dette et d'en faciliter le recouvrement, et nullement de substituer une dette à une autre; et sans intention de nover, comment y aurait-il novation (3)? La négative est de toute évidence quand le débiteur envoie un billet à ordre au créancier et que celui-ci se borne à lui en accuser réception; c'est dire bien clairement qu'il accepte le billet comme promesse de payer ce que le débiteur doit, mais celui-ci continue à devoir (4). Si

(1) Duranton, t. XII, p. 402, n° 287. En sens contraire, Marcadé, t. IV, p. 585, n° II de l'article 1273.
(2) Gand, 26 mars 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 105).
(3) Bruxelles, 5 juillet 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 177).
(4) Bruxelles, 8 jui t 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 447).

les billets ne sont pas acquittés, le créancier conserve tous les droits attachés à la créance; est-il vendeur, il peut agir en résolution de la vente, garantie tout aussi précieuse que le privilége quand il s'agit d'immeubles. L'acceptation de billets sans quittance du prix n'est qu'un mode de libération, sauf encaissement (1).

La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens; elle dit que des effets de commerce créés pour opérer éventuellement la libération d'une dette ne sont qu'un mode de payement de cette dette, et le mode de payement n'emporte pas novation (2). Les applications du principe sont nombreuses. Un billet à ordre est souscrit par deux personnes; l'un des signataires crée trois nouveaux billets en remplacement du premier, et les paye à leur échéance; puis il exerce un recours contre son codébiteur, celui-ci se prétend libéré par la novation : la cour de cassation a décidé qu'il n'y avait pas eu de novation (3).

La caution, poursuivie par le créancier, donne en payement un effet de commerce contre quittance; si le billet n'est pas acquitté, le créancier conserve son action contre le débiteur principal et contre la caution (4).

Un régisseur consent une hypothèque pour sûreté de sa gestion. Après la reddition de son compte et pour le payement du reliquat, il souscrit des billets au profit de son mandant, qui les accepte purement et simplement; les effets ne sont pas acquittés. Le créancier conserve son hypothèque (5). Il y aurait folie de sa part d'y renoncer pour y substituer des effets qui n'ont de valeur que lorsqu'ils sont payés, et la folie ne constitue certes pas la volonté claire de nover que l'article 1273 exige.

La cour de cassation ne fait guère que confirmer les décisions rendues par les cours d'appel. Les juges du

(1) Bourges, 24 novembre 1841 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1350, 3°). Comparez Bruxelles, 4 août 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 431); Liége, 26 décembre 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 161).

(2) Rejet, 28 juillet 1823 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 978).

(3) Rejet, 30 mars 1819 (Dalloz, au mot *Effets de commerce*, n° 506, 7°).

(4) Rejet, 4 avril 1811 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2415, 1°).

(5) Rejet, 15 juin 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2415, 7°).



fait, qui voient de près les circonstances de la cause, ne peuvent pas admettre une intention de nover là où toutes les probabilités sont pour le maintien de la première obligation. On lit dans les arrêts que les effets souscrits par le débiteur ont pour objet, non d'éteindre la dette, mais d'en faciliter le payement (1); les parties ont sans doute en vue, l'une de payer, l'autre de toucher ce qui lui est dû; mais l'extinction de la dette est subordonnée, dans leur intention, au payement effectif des billets (2). En définitive, les billets ne sont que la représentation des sommes dues (3), ou, comme le dit la cour de Paris, d'après la jurisprudence de la cour de cassation, c'est un mode de payement (4) : ce motif de décider est péremptoire.

285. Il y a des expressions usitées dans le commerce qui, à première vue, font illusion. Les billets sont causés *valeur reçue comptant*. Il a été jugé que le billet ainsi formulé n'opère pas novation. Dans l'espèce, l'acheteur avait souscrit un billet avec la formule précitée. Il était certain, avoué par les parties qu'il n'avait rien payé; le billet ne prouvait donc pas que le vendeur avait reçu son payement, il était souscrit pour le lui faire obtenir. La cour de Liége dit que les parties avaient inséré cette énonciation dans le billet pour le rendre transmissible par un endossement. De fait l'objet des billets était d'accorder un nouveau délai à l'acheteur qui n'avait pas pu acquitter la partie du prix déjà échue. La cour en conclut que le vendeur, tout en acquérant le droit de poursuivre le souscripteur du billet, avait conservé les droits qui dérivaient de la vente. Il est contraire à toute vraisemblance que les parties aient entendu substituer un droit moindre à un droit plus fort (5).

286. La seule hypothèse dans laquelle il y ait quelque doute est celle où le créancier, tel que le vendeur, donne quittance au débiteur moyennant la remise des lettres de

(1) Rouen, 3 janvier 1822 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2415, 3°).
(2) Bordeaux, 23 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Effets de commerce*, n° 276, 3°).
(3) Paris, 23 janvier 1846 (Dalloz, 1851, 2, 102).
(4) Paris, 13 juillet 1850 (Dalloz, 1851, 5, 366).
(5) Liége, 15 février 1812 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2416, 1°).

change que lui fait l'acheteur. Quand la quittance peut être interprétée, comme nous l'avons dit, en ce sens que le créancier reconnaît seulement que le débiteur lui a remis des effets en payement du prix, on reste sous l'empire des principes que nous venons d'exposer. Mais on suppose que la quittance est donnée pour la dette du prix. Voici dans quels termes la question s'est présentée devant la cour de Bourges : Vente d'immeubles par acte notarié pour un prix de 37,500 francs, payable par moitié en effets; lesquels effets, continue l'acte, ont été souscrits au profit du vendeur et lui ont été à l'instant remis; *au moyen de quoi le vendeur reconnaît avoir reçu le prix de la présente vente dont quittance*. Après partage, la cour décida qu'il y avait novation. Les deux effets remis étaient des lettres de change qui, n'ayant pas été payées à l'échéance, donnèrent lieu à des poursuites et à une condamnation par corps. Il résulte de là, dit l'arrêt, que l'acheteur a contracté une nouvelle dette envers le vendeur, en substituant une obligation commerciale emportant la contrainte par corps et l'intérêt à 6 p. c. à une obligation purement civile, obligation que le vendeur a éteinte en donnant quittance sans réserve du prix. La cour conclut que des termes de l'acte résulte clairement la volonté des parties de faire novation. Sur le pourvoi en cassation, il y eut également partage. La cour finit par casser. Il ne suffit pas, dit-elle, que le juge du fait déclare que la volonté des parties d'opérer novation résulte clairement de l'acte; la loi définit les conditions de la novation, il faut donc que le juge dise comment elle s'est opérée, et qu'il prouve que la situation respective des parties ou la nature de l'obligation ont été changées de l'une des trois manières indiquées par l'article 1271; d'où suit que la cour de cassation a le droit et le devoir de comparer les déclarations des juges avec les dispositions de la loi. Dans l'espèce, le contrat passé entre les parties était une vente, le prix avait été acquitté en deux effets souscrits à l'instant au profit du vendeur. La question est de savoir si l'on peut induire de cette circonstance que le vendeur a renoncé au droit qu'il tient de la loi de de-

mander la résolution de la vente en cas de non-payement du prix. Cette renonciation, aux termes de l'article 1271, devrait résulter clairement de ce qui s'est passé entre les parties. Or, qu'ont-elles fait? Elles ont simplement réglé le mode de payer le prix de la vente, elles n'ont pas constitué une créance nouvelle en éteignant l'ancienne. On objectait que, dans l'intention des parties, la création de lettres de change avait pour objet de donner à une obligation civile les effets d'une obligation commerciale. La cour répond qu'il ne s'ensuit pas que la dette soit dénaturée et qu'il y ait substitution d'une créance à une autre créance (1). Ce dernier point nous laisse un doute. Si réellement la dette civile avait été convertie en dette commerciale, il faudrait admettre la novation, car la nature de l'obligation serait changée. La cour d'Orléans, à laquelle l'affaire fut renvoyée, répond à l'objection. Les lettres de change, dit-elle, ne sont par elles-mêmes qu'une promesse de payement; pour apprécier la nature de la dette, il faut voir ce qui est payé; or, dans l'espèce, c'est un prix de vente; les effets qui représentent le prix le disaient expressément, car les deux traites portaient : valeur reçue *en propriété*. La dette restait donc ce qu'elle était, un prix de vente; le mode de la payer était emprunté au commerce, et il en résultait que le souscripteur était contraignable par corps; mais la forme commerciale, et la conséquence qui y est attachée, ne doit pas être confondue avec la nature de la dette; en adoptant une forme commerciale, les parties n'ont rien changé à la nature de la dette, ce qui est décisif (2).

287. La cour de Nancy avait jugé dans le même sens, en décidant qu'il n'y avait pas novation, alors même que le vendeur de marchandises, en recevant des billets en payement du prix, déclarait qu'*il avait été payé comptant*. Cette déclaration, contraire à la vérité, si on la prend au pied de la lettre, doit être entendue en ce sens que la libération de l'acheteur est subordonnée au payement des

(1) Cassation, 22 juin 1841 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2505, 1°).
(2) Orléans, 6 septembre 1842 (Dalloz, n° 2428, 3°).

billets, car les billets n'ont de valeur que lorsqu'ils sont encaissés; donc celui qui les reçoit ne les reçoit que sauf encaissement (1).

Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en sens contraire. Les circonstances sont remarquables. Il s'agissait d'un compte de tutelle rendu par une mère à sa fille. La fille déclara avoir reçu le reliquat et donna à sa mère pleine et entière décharge. Elle avait accepté en payement un billet à ordre qui ne fut point acquitté; la quittance ne faisait aucune mention de la remise de ce billet. On soutint que, dans ces circonstances, la dette de tutelle était éteinte et remplacée par une obligation nouvelle purement commerciale. La cour de Bruxelles se prononça pour la novation, surtout dans l'intérêt des tiers. Elle dit que la libération du débiteur était absolue et évidemment destinée à être connue des tiers; elle a donc donné un droit aux tiers, ce droit n'a pu être altéré par les conventions secrètes faites entre les parties (2). Cette décision nous laisse un doute : ne confond-elle pas l'écrit avec le fait juridique qui y est constaté? Pour que les tiers puissent se prévaloir de la libération, il faut qu'elle existe; il fallait donc, avant tout, voir si le débiteur était libéré; or, il ne l'était pas, il ne pouvait l'être que s'il y avait eu novation, et la novation suppose la volonté claire de nover. Dans l'espèce, cette volonté existait-elle? La fille entendait-elle renoncer à son hypothèque légale en recevant un billet à ordre et en donnant quittance à sa mère? Pour décider cette question, il faut laisser de côté l'intérêt des tiers qui ne sont pas en cause, c'est l'intention des parties qui seule peut être invoquée.

288. Si l'on admet qu'il n'y a pas novation, les droits des parties restent ce qu'ils étaient en vertu de leur contrat; les billets sont reçus, sauf encaissement, la libération du débiteur est conditionnelle; si la condition d'encaissement n'est pas remplie, l'acceptation des billets devient nulle et les droits des créanciers leur sont réservés intégralement. Ce sont les termes d'un arrêt de la cour

(1) Nancy, 4 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 270).
(2) Bruxelles, 10 avril 1847 (*Pasicrisie*. 1850, 2, 279).

de Metz; la conséquence n'est pas douteuse si le principe est vrai. Dans l'espèce, il s'agissait de la compétence du tribunal, elle est déterminée par la convention primitive (1). Il y a des conséquences plus importantes. Le vendeur conserve son privilége (2); il peut demander la résolution de la vente (3) et revendiquer les marchandises en cas de faillite (4); il peut agir contre la caution (5), tandis que tous ces droits périraient s'il y avait novation. Il nous semble que la gravité de ces conséquences est une raison déterminante pour s'en tenir strictement à la lettre de l'article 1273 : l'interprète ne peut admettre la novation que lorsque la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.

289. Il y a des arrêts de rejet qui semblent décider qu'il y a novation lorsque le créancier reçoit des billets en payement de ce qui lui est dû et donne quittance (6). Il y a aussi des arrêts rendus par des cours d'appel qui décident formellement que l'acceptation de billets et la quittance délivrée par le créancier emportent novation (7). Nous croyons inutile d'entrer dans la discussion de ces décisions, qui sont de fait plutôt que de droit. En droit, la jurisprudence de la cour de cassation nous paraît incontestable. Les arrêts dissidents témoignent contre la doctrine qu'ils consacrent. On admet, et sur ce point tout le monde est d'accord, que le créancier peut faire des réserves en recevant des billets et que, dans ce cas, il conserve tous ses droits. Les cours qui s'attachent à ces réserves ne réfléchissent pas qu'elles seraient inopérantes s'il était vrai que l'acceptation de billets opère novation ; en effet, quand la volonté de nover est claire, et elle doit l'être d'après l'article 1273, toutes les réserves du monde

(1) Metz, 27 août 1852 (Dalloz, 1854, 2, 46).
(2) Gand, 16 mars 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2417, 5°, et *Pasicrisie*, 1833, 2, 105).
(3) Paris, 20 juillet 1831 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 1237).
(4) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 2417, 3° et 4°.
(5) Paris, 2 avril 1853 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2418, 2°)
(6) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1422.
(7) Voyez les arrêts cités par Dalloz, nos 1423 et 1424.

seraient inefficaces; on dirait avec Pothier que les protestations contraires à l'acte sont sans valeur. Dans notre opinion, les réserves sont valables, mais elles sont inutiles, puisqu'elles résultent de l'intention des parties. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à lire celles que l'on trouve dans les arrêts.

Le créancier stipule que si les billets ne sont pas acquittés, il rentrera dans tous ses droits (1) : c'est dire en d'autres termes que les billets sont reçus sauf encaissement; cela est inutile à dire, puisqu'on ne reçoit les billets que sauf encaissement. Qu'est-ce qu'un billet non encaissé? Un chiffon de papier. Faut-il une déclaration expresse pour dire que le créancier ne se contente pas d'un chiffon de papier? Il en est de même de la réserve suivante : le créancier dit, en acceptant les billets, que le payement ne sera valable et définitif que si les billets sont acquittés (2). Si quelque chose va sans dire, c'est bien cette réserve; elle est si naturelle, qu'on la peut dire évidente sans qu'elle soit écrite. Aussi admet-on qu'elle ne doit pas être stipulée, qu'elle peut résulter des faits et circonstances de la cause. C'est une nouvelle preuve qui témoigne contre la jurisprudence dissidente. Elle pose en principe que l'acceptation de billets avec quittance emporte novation, ce qui suppose qu'il y a volonté claire de nover; mais s'il y a volonté claire de nover, comment les faits et les circonstances de la cause peuvent-ils prouver qu'il n'y a pas volonté de nover? La contradiction est palpable. Ainsi l'on admet qu'il n'y a pas novation lorsque, tout en acceptant des billets en payement, le créancier conserve ses anciens titres : c'est une preuve, dit-on, qu'il entend les faire valoir au besoin (3). Qu'importe que le créancier conserve ses titres? Est-ce que les billets créés auraient une cause si la première obligation n'avait pas existé? Créés pour payer le prix de vente, ils prouvent qu'il y a vente; le vendeur a des droits comme tel, droits indépendants de l'écrit, pourvu que la vente soit prouvée,

(1) Rejet, 16 août 1820 (Dalloz, n° 2426, 1°).
(2) Bordeaux, 4 juillet 1832 (Dalloz, n° 2426, 1°).
(3) Rejet, 21 avril 1814. Lyon, 21 février 1840 (Dalloz, n° 2427, 2° et 3°).

et elle l'est par cela seul que l'acheteur souscrit des billets; le vendeur n'a donc pas besoin de ses titres pour agir; dès lors la circonstance qu'il les conserve est indifférente.

289 *bis*. On admet encore qu'il n'y a pas novation lorsque les billets expriment la cause pour laquelle ils ont été souscrits. Ainsi l'acheteur dit dans le billet qu'il souscrit : « valeur reçue en propriété ou en marchandises ; » ou il dit en d'autres termes que les billets ont été créés pour payer le prix de vente. Cela suffit pour qu'il n'y ait pas novation, dit-on, parce que les mentions maintiennent l'obligation première, ce qui exclut la volonté de nover (1). Nous répondons que la jurisprudence confond la preuve de la cause avec le fait juridique de la cause. Que la cause, c'est-à-dire la vente, soit exprimée ou non dans le billet, qu'importe? De fait c'est pour payer le prix de vente que les billets sont souscrits; donc la cause, exprimée ou non, est la vente. Reste à savoir si le vendeur entend conserver ses droits ou s'il veut faire novation. Suffit-il que la cause des billets soit mentionnée pour que le vendeur soit censé se réserver ses droits? Cette mention est de style, c'est le souscripteur, dans l'espèce, l'acheteur qui la fait. Qu'est-ce que cela a de commun avec la volonté de nover? Il y a une preuve bien plus évidente que le vendeur n'a pas la volonté de nover, c'est son intérêt.

290. La question que nous discutons se présente encore dans d'autres circonstances et sous d'autres formes. Il est dit dans le billet qu'il est souscrit *pour solde de compte :* y a-t-il novation? On l'a prétendu. La cour de Liége s'est prononcée pour la négative. C'est une question d'intention, dit-elle; et l'article 1273 exige que la volonté de nover résulte clairement de l'acte. Or, dans l'espèce, la volonté contraire n'était guère douteuse. Le débiteur, après la remise des billets, avait lui-même porté sur son bilan les créanciers hypothécaires au profit des-

(1) Orléans, 6 septembre 1842 (Dalloz, n° 2428, 3°). Caen, 3 janvier 1849 (Dalloz, 1851, 2, 103). Liége, 1er mai 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 114). Gand, 10 août 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 306). Rejet, 27 février 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 1, 40).

quels il les avait souscrits et en cette qualité; donc dans sa pensée la dette hypothécaire subsistait, les billets n'ayant pas été acquittés; de leur côté, les créanciers, malgré l'acceptation des billets, se considéraient toujours comme créanciers hypothécaires, car ils avaient fait en cette qualité commandement à leur débiteur en vertu de l'obligation primitive; donc les billets avaient été créés uniquement, dit l'arrêt, pour accéder à l'obligation préexistante et pour en faciliter le payement (1).

La cour de Bruxelles a jugé dans le même sens. Le créancier d'une dette hypothécaire avait reçu en payement, au lieu d'espèces, des traites formant l'import de la somme prêtée et des intérêts; en accusant réception de ces traites, il exprimait l'espoir qu'elles seraient acquittées à leur échéance, et reconnaissait qu'elles étaient créées pour solde de l'obligation hypothécaire (2). La question n'etait pas douteuse, il n'y avait aucune volonté de nover; nous citons l'espèce parce qu'elle marque bien quelle est l'intention du créancier qui accepte des billets *pour solde :* il les accepte dans l'*espoir* qu'ils seront acquittés; il constate que c'est pour solde afin que l'on sache la cause pour laquelle les billets ont été créés : mais où est le créancier qui renonce à son *hypothèque* pour un simple *espoir?*

291. Au lieu d'accepter des billets souscrits par le débiteur, le créancier tire sur son débiteur et celui-ci accepte la traite : y a-t-il novation? La cour de Bruxelles a rendu deux arrêts pour la négative dans la même espèce. Le premier arrêt décide, en termes absolus, que l'intention des parties n'est pas de faire novation en annulant la première dette, l'unique objet des traites étant de faciliter le payement, comme c'est l'usage entre négociants. Le second arrêt relève les circonstances particulières de la cause qui prouvaient qu'il n'y avait pas intention de nover. Des marchandises avaient été expédiées d'Amérique, sur la demande d'un commissionnaire; la

(1) Liége, 12 décembre 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 315).
(2) Bruxelles, 4 mars 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 112), et 23 juillet 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 337).

dette n'avait pas un caractère déterminé, car les destinataires avaient la faculté de garder les marchandises soit à titre d'achat, soit à titre de consignation. Il résultait de là que les expéditeurs, en tirant sur les destinataires, ne pouvaient pas donner à leur traite une cause déterminée : en cas de vente, c'était un mode conditionnel de payement du prix ; en cas de consignation, c'était une avance demandée sur les marchandises consignées. Comment les expéditeurs pouvaient-ils songer à nover un titre dont ils ne connaissaient encore ni la nature ni la valeur (1)?

292. Il arrive souvent que, lorsque les billets ne sont pas payés à leur échéance, on les renouvelle : y aura-t-il novation? Massé distingue d'après la jurisprudence française : si les billets renouvelés restent entre les mains du porteur, il n'y aura point novation ; tandis qu'il y aura novation si les billets primitifs sont détruits ou rendus au souscripteur (2). Il nous semble que cette distinction est en opposition avec le principe qui gouverne cette matière : pour qu'il y ait novation, il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. Peut-on supposer la volonté de nover alors que des billets non payés sont renouvelés? Le renouvellement des billets est un nouveau terme que le créancier accorde au débiteur, il consent à suspendre ses poursuites, dans l'espoir que les nouveaux billets seront acquittés. Il n'y a donc pas la moindre intention de nover dans le simple renouvellement des billets (3).

293. Il faut ajouter une restriction à la doctrine que nous venons d'exposer. Nous n'entendons pas décider d'une manière absolue que l'acceptation de billets par le créancier n'opère jamais novation ; cette opinion absolue serait en opposition avec le principe que nous avons établi comme point de départ (n° 266). Les parties peuvent certainement déclarer qu'elles font novation en souscrivant et en acceptant des billets ; elles en ont le droit, quelque peu important que soit le changement qu'elles

(1) Bruxelles, 5 mars et 25 juillet 1856 (*Pasicrisie*, 1856. 2, 429, 430).
(2) Massé, *Le droit commercial*, t. IV, p. 101, n° 2206.
(3) Comparez Bruxelles, 14 juin 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 403).

ont apporté à l'obligation première. Or, en cette matière, la volonté tacite a le même effet que la volonté expresse, pourvu qu'elle résulte clairement de l'acte. Les tribunaux peuvent donc décider, en se fondant sur les faits et les circonstances de la cause, que les parties ont entendu opérer novation. Dans un arrêt récent, la cour de Liége pose comme principe qu'il y a novation lorsque le payement d'une dette est réglé en traites ou promesses et que la volonté de nover résulte clairement des faits qui ont amené le règlement; dans l'espèce jugée par la cour, il y avait de plus de nouveaux débiteurs; ce qui était décisif (1). Le principe nous paraît incontestable, l'application dépend des circonstances de la cause; il est inutile de les constater, puisqu'elles varient nécessairement d'un procès à l'autre. Il y a un arrêt de la cour de Gand dans le même sens (2).

§ II. *Novation subjective.*

N° 1. SUBSTITUTION D'UN NOUVEAU CRÉANCIER.

294. « La novation s'opère lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé » (art. 1271, 3°). Quelles sont les conditions requises pour que cette novation soit valable? Elles découlent du texte que nous venons de transcrire. Il faut d'abord le consentement de l'ancien créancier, puisqu'il renonce à sa créance; il faut le consentement du nouveau créancier, puisqu'il stipule un droit en sa faveur; enfin il faut le consentement du débiteur, puisqu'il contracte un engagement. Ce concours de consentement doit avoir pour objet de créer une dette nouvelle, l'article 1271 le dit; et l'article 1277 ajoute que si le créancier indique simplement une personne qui doit recevoir pour lui, il n'y a point de novation. C'est, en général, un simple mandat de recevoir ce qui est dû au

(1) Liége, 22 mai 1869 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 90). Comparez Bruxelles 4 janvier 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 2).
(2) Gand, 17 avril 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 350).

créancier, quand même le débiteur y interviendrait, en s'obligeant à payer à la personne indiquée; cette obligation va de soi, tout ce qui résulte de l'intervention du débiteur, c'est que le mandat ne pourra être révoqué, puisqu'il a été donné avec le concours de volonté des parties contractantes. Le cas s'est présenté, et il y a eu difficulté sur le point de savoir si le débiteur pouvait encore payer valablement à son créancier ou s'il était tenu de payer entre les mains du tiers indiqué qui était le créancier du mandant. Celui-ci avait fait signifier le mandat au débiteur avec défense de faire aucun payement à son préjudice. Il considérait donc l'acte comme équivalant à une cession. C'était une erreur, car l'acte autorisait simplement le débiteur à payer entre ses mains. C'était un mandat donné dans l'intérêt du tiers, il est vrai, mais le tiers n'acquérait aucun droit sur la créance. Il n'y avait pas changement de créancier : ce qui décidait la question (1).

295. L'article 1271 dit qu'il faut un *nouvel engagement* pour qu'il y ait novation. C'est ce caractère qui distingue la novation subjective de la cession et de la subrogation. Quand il y a cession de la créance, il ne se forme pas une obligation nouvelle : le créancier transporte la créance au cessionnaire, c'est donc l'ancienne créance qui subsiste à charge du même débiteur : aussi le débiteur ne doit-il pas consentir à la cession, il y reste étranger; tout se passe entre le vendeur et l'acheteur, sauf que l'acheteur doit signifier la cession au débiteur pour être saisi à l'égard des tiers. Dans la novation, le débiteur intervient, ce qui rend toute signification inutile. La cour de Paris a consacré le principe avec la conséquence qui en résulte, c'est que la dette cédée subsiste avec sa cause, ses conditions, ses modes et les vices qui pouvaient y être attachés (2).

Quant à la subrogation, c'est une cession fictive; la créance, quoique payée, subsiste en faveur du subrogé;

(1) Rouen, 11 mars 1815 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2499).
(2) Paris, 5 août 1871 (Dalloz, 1873, 2, 229).

le débiteur ne doit intervenir que lorsque c'est lui qui consent la subrogation (1).

296. L'application de ce principe a donné lieu à une difficulté qui a été portée à plusieurs reprises devant la cour de cassation et a reçu des solutions en apparence contradictoires.

Un notaire cède son office moyennant 65,000 francs; le cessionnaire paye 11,000 francs sur le prix, puis le cédant transporte sa créance à un tiers acheteur avec promesse de fournir dans les dix jours l'acceptation du débiteur. Celui-ci accepte en ces termes : « J'accepte ledit transport et me le tiens pour dûment signifié ; je déclare n'avoir entre les mains aucune opposition ni empêchement qui puisse en arrêter l'effet et n'avoir aucune compensation à opposer à mon créancier; *je reconnais le cessionnaire pour mon créancier* des 54,000 francs cédés, et je m'engage à me libérer de cette somme entre ses mains de la même manière et dans les mêmes termes que j'en étais tenu envers le cédant. » Le notaire qui avait cédé son office disparut laissant un déficit considérable; il fut même condamné à deux ans d'emprisonnement sur des poursuites en abus de confiance dirigées contre lui. Par suite les produits de l'office ayant subi une forte baisse, le notaire qui l'avait acheté demanda une réduction du prix; le tiers cessionnaire, assigné, lui opposa qu'en l'acceptant pour créancier il avait opéré dans la dette une novation qui l'empêchait d'opposer à son nouveau créancier des exceptions qui pouvaient lui appartenir contre son créancier primitif. La cour de Bourges jugea qu'il n'y avait pas novation. Il est certain que la cession n'opère pas novation, puisqu'il n'y a pas de nouvelle dette; et l'article 1271, 3°, ainsi que les principes les plus élémentaires exigent impérieusement qu'il y ait un engagement nouveau pour que la novation s'opère. Or, l'acceptation de la cession n'est autre chose qu'un équivalent de la signification (art. 1689), c'est-à-dire une condition requise pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers. Par

(1) Duranton, t. XII, p. 180, n° 115, et tous les auteurs.

elle-même l'acceptation n'est donc que le complément de la cession et, par suite, elle ne peut pas opérer novation. L'article 1295 confirme cette opinion : il porte que le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession ne peut plus opposer la compensation, ce qu'il eût été inutile de dire si l'acceptation pure et simple du transport opérait novation, car, dans cette supposition, ni compensation ni aucune exception ne pourraient être opposées au nouveau créancier. En principe, cela est incontestable. Mais on prétendait que, dans l'espèce, la déclaration souscrite par le débiteur était plus qu'une acceptation, puisque le débiteur y disait qu'il reconnaissait le cessionnaire pour son créancier. La cour de Bourges répond à l'objection que dans l'interprétation des conventions il faut rechercher quelle a été la commune intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des mots. Or, quel était l'objet de la déclaration du débiteur? Le notaire, en transportant sa créance, avait promis l'acceptation du débiteur, donc l'acceptation dont parle l'article 1689 et qui tient lieu de signification. C'est là tout ce qu'on demandait au débiteur; il n'était pas question de nover la créance par la substitution d'un nouveau créancier. Peut-on admettre que le débiteur ait voulu promettre plus qu'il ne devait, plus qu'on ne lui demandait en contractant un nouvel engagement? Pourquoi le débiteur aurait-il consenti une novation alors qu'on ne lui demandait qu'une acceptation? La déclaration doit être interprétée d'après l'intention des parties intéressées. Que voulaient-elles? Une acceptation qui tînt lieu de signification; aussi le débiteur déclare-t-il qu'il accepte le transport et se le tient pour signifié. Ce qu'il ajoute ensuite ne peut altérer la déclaration d'acceptation et la transformer en novation; si le débiteur reconnaît le cessionnaire pour son créancier, c'est en ce sens qu'il est débiteur envers lui des 54,000 francs cédés, comme tout débiteur cédé devient, en ce sens, débiteur du cessionnaire. Le pourvoi fut cependant admis, mais la chambre civile le rejeta (1).

(1) Rejet, 2 août 1847 (Dalloz, 1847, 1, 315). Comparez Bruxelles, 11 juillet 1846 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 162).

La jurisprudence s'est prononcée en faveur de cette opinion. Il a été jugé qu'il n'y a pas novation alors même que le débiteur intervient dans l'acte de cession et donne son consentement à quelques modifications qui ne concernent que le payement. Dans l'espèce, le débiteur, après avoir déclaré qu'il considérait la cession comme lui étant dûment notifiée, stipulait et le cessionnaire lui accordait un délai plus long que celui qui avait été convenu primitivement; de plus les parties firent certaines modifications quant au mode de payement des intérêts et au remboursement des capitaux. La dette, dit la cour de Bruxelles, est néanmoins restée la même, les changements accessoires qui y ont été apportés n'opéreraient pas novation entre le créancier et le débiteur; à plus forte raison ne peuvent-ils pas impliquer la volonté de nover à l'égard d'un cessionnaire (1).

Il y a un arrêt de la cour de Nancy dans le même sens. Dans l'espèce, l'acquéreur d'un immeuble invoquait l'article 1653 pour suspendre le payement de son prix : le vendeur avait cédé sa créance et l'acheteur avait accepté la cession; de là la question de savoir s'il y avait novation. L'acquéreur ne s'était pas borné à intervenir dans l'acte pour déclarer qu'il tenait le transport comme lui ayant été signifié; par une convention postérieure le cessionnaire accordait à l'acquéreur une prorogation de délai, moyennant un engagement personnel de sa femme avec subrogation à l'hypothèque légale, la constitution d'une hypothèque sur les immeubles des époux, et il fut, en outre, stipulé que la dette serait indivisible entre les héritiers de l'acquéreur. Ces changements, dit la cour, n'ont pas altéré la cause ni la nature de la créance, elle a conservé son caractère essentiel, consistant dans un prix de vente d'immeubles garanti par un privilége et, dans l'opinion commune, par l'action en résolution. Les parties, pour prévenir tout doute, avaient pris soin d'ajouter une réserve expresse de tous les droits du cessionnaire, *sans novation;* ce qui était décisif. Vainement

(1) Bruxelles, 20 avril 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 285).

disait-on que c'était une protestation contraire à l'acte, la réserve ne faisait qu'exprimer ce que les parties sous-entendent quand elles font et acceptent une cession. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet.

297. Est-ce à dire que l'acceptation d'une cession n'opère jamais novation? Il faut se garder de décider d'une manière absolue dans une matière où tout dépend de l'intention des parties contractantes. La cour de cassation a admis la novation dans un cas analogue à celui où elle a jugé qu'il n'y avait pas novation (p. 319, note 1). Un notaire vend son office pour un prix ostensible de 244,000 francs et une somme de 65,000 francs portée dans une contre-lettre. Postérieurement un banquier ouvre au cédant un crédit de 260,000 francs, pour sûreté duquel le crédité transporte au créditeur, à titre de gage, une somme de 100,000 francs à prendre dans celle qui lui était due par l'acheteur de l'office. Celui-ci intervint dans l'acte et déclara s'obliger *personnellement,* sous le cautionnement solidaire et hypothécaire de sa mère, à payer au banquier cessionnaire la somme qui lui était transportée, « nonobstant toutes oppositions faites sur le vendeur de l'office ou autres empêchements, à quelque titre et pour quelque cause que ce fût. » L'acheteur s'obligea également à payer à un précédent vendeur de l'office, qui avait formé entre ses mains une saisie-arrêt pour ce qui lui restait dû, une somme de 122,000 francs. Puis l'office fut revendu pour une somme de 130,000 francs. Actionné en exécution des engagements qu'il avait contractés envers le banquier cessionnaire et le premier vendeur de l'office, l'acheteur qui venait de le recéder opposa que le prix réel de la cession à lui faite devait être réduit à 130,000 francs. Alors s'éleva la question de savoir si l'acheteur, en intervenant dans la convention faite avec le banquier, avait fait novation; dans l'affirmative, il ne pouvait opposer au cessionnaire du prix les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant. La cour de Paris décida qu'il y avait novation : elle se fonde sur l'engagement *personnel* contracté par l'acheteur de l'office à l'égard du banquier qui n'avait consenti à l'ouverture du crédit que

sous la garantie du transport à lui fait et de l'obligation personnelle contractée par le cessionnaire; ces conventions, dit la cour, ne pouvaient recevoir aucune atteinte de l'exception que l'acheteur de l'office pouvait opposer à son vendeur. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet. La cour insiste sur l'ouverture du crédit faite sous des conditions qui créaient une situation tout à fait nouvelle pour le cessionnaire du prix de l'office, et cette nouvelle situation opérait novation, puisqu'elle donnait au cessionnaire du prix des droits que n'avait pas eus le cédant. Ce sont ces circonstances spéciales de la cause qui expliquent la décision de la cour (1). En principe, la question n'est pas douteuse. La simple acceptation n'opère pas novation, mais si le débiteur contracte des engagements nouveaux envers le cessionnaire, on rentre dans le texte et dans l'esprit de l'article 1271, 3°; il y a un nouvel engagement, donc novation.

298. Il peut aussi y avoir novation à la suite d'une subrogation. Les principes sont les mêmes; l'application n'est pas sans difficulté, parce qu'il faut distinguer les nuances qui séparent la cession, la subrogation et la novation. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de Bruxelles (2). La compagnie de Matériel de chemins de fer entreprit, pour la compagnie du Grand-Central, des fournitures dont le payement était stipulé payable par dixième, d'année en année, à compter du 1er juillet 1865, avec bonification de 5 et un quart pour cent. Il fut convenu qu'après achèvement des fournitures, le Grand-Central remettrait des reconnaissances fractionnant la dette par lesquelles il s'engagerait à payer à la compagnie ou à son *cessionnaire*. Pour se procurer les fonds dont elle avait besoin, la compagnie traita avec divers établissements de crédit. La Société Générale escompta, au taux de 6 pour cent, une partie de la créance jusqu'à concurrence d'une somme de 67,421 francs payable le 1er juillet 1868. Le

(1) Nancy, 5 mars 1873 (Dalloz, 1873, 2, 164), et Rejet, 20 avril 1874 (Dalloz, 1874, 1, 343).
(2) Rejet, chambre civile, après délibération en la chambre du conseil 19 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 145).

Grand-Central paya ladite somme à la Société Générale à cette date. Au 12 mars 1867, la compagnie fut déclarée en faillite et la cessation de payement reportée au 5 décembre précédent. Les curateurs de la faillite assignèrent la Société Générale en restitution de la délégation de 67,421 francs souscrite au profit de la compagnie faillie par le Grand-Central. Cette réclamation se basait sur la nature de l'opération intervenue entre la compagnie de Matériel et la Société Générale ; d'après les curateurs, c'était une cession. Non, dit la cour, la cession est une vente qui se fait dans l'intérêt de l'acheteur ; or, la correspondance des parties et les conditions de l'engagement prouvent que la Société n'a pas voulu acheter du papier; elle voulait venir au secours d'un grand établissement dont l'existence était menacée, c'est donc dans l'intérêt de la compagnie que la Société Générale lui avança les fonds en payant anticipativement une partie de sa créance contre le Grand-Central, ce qui caractérise la subrogation, sauf quelques modifications concernant l'escompte. Il suit de là que les formalités de l'article 1689 ne devaient pas être observées. Il y avait ceci de particulier dans cette subrogation qu'elle était accompagnée d'une novation, le Grand-Central se reconnaissant débiteur direct de la Société Générale (1). L'arrêt ne discute pas la question de principe ; elle n'est pas douteuse; il est libre aux parties de faire une subrogation avec novation, comme elles peuvent faire une cession avec novation; l'application ne soulève que des difficultés de fait : tout dépend de l'intention des parties intéressées.

299. Toullier dit que la novation par substitution d'un nouveau créancier est très-rare. Il y a peu d'arrêts sur la matière, et ils décident presque toujours qu'il n'y a pas novation. Je me porte caution d'un compte courant à quelque époque qu'il soit réglé. Ce compte est annulé sur les registres du créditeur pour le faire passer sur les registres de la maison de commerce qui succède à la première ; le seul but de la quittance était d'épargner à la cau-

(1) Bruxelles, 13 mai 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 5).

tion des droits d'enregistrement. Celle-ci prétendit qu'il y avait novation par la substitution d'un nouveau créancier. La nature même de l'opération témoignait contre cette prétention ; c'était une opération fictive, ce qui impliquait qu'en réalité les choses restaient dans l'ancien état, donc il ne pouvait être question d'un nouvel engagement (1).

300. Aux termes de l'article 1242, le payement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie-opposition, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou opposants. En faut-il conclure que la saisie-arrêt opère novation, en ce sens du moins que le tiers saisi ne peut plus payer valablement qu'entre les mains des créanciers saisissnts? On l'a prétendu, mais la nature même de la saisie-arrêt témoigne contre cette prétention. Les créanciers qui saisissent une créance de leur débiteur agissent en vertu de l'article 1166, donc au nom de leur débiteur; c'est le débiteur lui-même qui est censé exercer son droit, et si le débiteur, quoique saisi, reste créancier, il est impossible que ses créanciers lui soient substitués, en ce sens que la créance soit éteinte; cela implique contradiction. Tout ce qui résulte de la saisie-arrêt, c'est que le tiers saisi doit suspendre son payement pour la garantie des droits du saisissant. S'il paye au saisi, malgré l'opposition, le payement est valable à l'égard du saisi, mais il ne peut être opposé aux créanciers; à leur égard, le payement est nul, puisqu'il a été fait au préjudice de leurs droits (2).

N° 2. DE LA NOVATION PAR SUBSTITUTION D'UN NOUVEAU DÉBITEUR.

301. Il y a encore novation subjective lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier (art. 1271, 2°). Pothier dit que celui qui se rend ainsi débiteur pour un autre qui est déchargé s'appelle en droit *expromissor*, de là le nom d'*expromission* qui distingue cette espèce de novation. L'expression

(1) Rejet, 18 mai 1847 (Dalloz, 1847, 4, 341).
(2) Rejet, chambre civile, 3 novembre 1847 (Dalloz, 1847, 1, 69).

s'est conservée dans le langage juridique; Bigot-Préameneu l'emploie dans l'Exposé des motifs; elle sert à distinguer la novation du cautionnement; celui qui se rend caution pour quelqu'un ne le décharge pas de son obligation, il y accède; on l'appelle *adpromissor*, parce qu'il se rend débiteur conjointement avec le débiteur principal (1).

Voici un exemple emprunté à la jurisprudence. Une rente est constituée, l'oncle du débiteur se porte caution solidaire. Les arrérages n'ayant pas été acquittés, le créancier assigne le débiteur et la caution en remboursement du capital. Alors une convention intervient entre le créancier, la caution et sa femme; les époux payent une partie des arrérages échus, obtiennent un délai pour le surplus et s'obligent, avec garantie hypothécaire, au remboursement du capital; ils stipulent la subrogation contre le débiteur. Cette convention opérait-elle novation? L'affirmative a été jugée et elle n'est pas douteuse. En effet, la caution devenait débiteur principal, sa femme qui était restée étrangère à la constitution de rente en devenait codébitrice; il y avait donc substitution de nouveaux débiteurs subrogés en vertu de l'acte qui libérait l'ancien débiteur à l'égard du créancier (2).

302. Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait expromission? Le créancier doit consentir, puisqu'il décharge son débiteur et stipule une créance nouvelle contre un nouveau débiteur. Celui-ci doit également intervenir dans la novation, puisqu'il s'oblige. Mais l'ancien débiteur n'intervient pas. Aux termes de l'article 1274, la novation par la substitution d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur. C'est une application du principe que le payement peut être fait par un tiers, intéressé ou non, sans le concours du débiteur et même malgré lui, dans l'opinion commune. Or, à l'égard du premier débiteur, la novation vaut payement, puisqu'il est libéré. Il y a cependant une grande différence entre le payement et la novation; le créancier

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 583. Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 145 (Locré, t. VI, p. 173).
(2) Liége, 15 juillet 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 299).

peut être forcé à recevoir le payement de ce qui lui est dû, tandis que le tiers qui veut libérer le débiteur, en s'obligeant à sa place, a besoin du consentement du créancier, celui-ci ne pouvant pas être forcé à recevoir une obligation nouvelle en payement (art. 1244).

Si l'on admet que le payement peut se faire malgré le débiteur, il faut admettre aussi qu'un tiers peut nover malgré le débiteur. Quant à l'action que le tiers aura contre le débiteur, elle dépendra des relations qui existent entre lui et le débiteur. S'il est lui-même débiteur de celui pour qui il s'oblige, il paye sa propre dette en même temps que celle de son créancier, il ne peut s'agir d'un recours dans ce cas. S'il s'est obligé comme gérant d'affaires, il aura l'action de gestion d'affaires; et si c'est malgré le débiteur qu'il a nové, il aura seulement l'action appelée *de in rem verso* (1).

Ces principes sont élémentaires et incontestables ; l'application a cependant soulevé une difficulté qui a été portée devant la cour de cassation. Une dame était créancière d'une somme de 13,000 francs de son gendre; celui-ci forme une société commerciale en nom collectif; dans un acte du même jour, il fut stipulé que la société payerait les dettes mentionnées dans l'acte de société, dettes parmi lesquelles figurait celle de 13,000 francs. La créancière ne figurait point dans ces actes; la veille du jour où la société fut constituée, elle avait accordé un délai à son débiteur, à condition qu'elle serait remboursée chaque année sur les bénéfices qu'il ferait. Elle s'adressa à la société pour être payée; on lui répondit que la société ne s'était jamais obligée envers elle; sa demande fut repoussée en appel et en cassation. Vainement la demanderesse invoquait-elle l'acte par lequel la société s'obligeait à payer sa dette, elle était restée étrangère à cette convention, elle ne pouvait s'en prévaloir; on ne conçoit pas de novation sans le consentement du créancier (2).

303. Il faut volonté de nover. On applique à la no-

(1) Duranton, t. XII, p. 420, nos 306 et 307.
(2) Rejet, 5 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 150).

vation subjective ce que l'article 1273 dit de toute novation, elle ne se présume pas : la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte. Il ne suffit pas, pour qu'il y ait novation, qu'un tiers se présente au créancier et offre de s'obliger envers lui; il importe de voir ce qui se passe entre les parties contractantes. Il se peut que le tiers n'intervienne que pour assurer davantage l'obligation du débiteur ou pour arrêter les poursuites du créancier en lui donnant une nouvelle garantie; il y aura, dans ce cas, adpromission. La novation exige que l'ancien débiteur soit libéré, puisqu'elle est un mode d'extinction des obligations (1). Nous emprunterons des applications à la jurisprudence.

304. Une vente d'immeubles se fait à une société, représentée par son gérant pour une somme de 700,000 fr.; deux commanditaires interviennent au contrat et s'obligent de payer le prix au vendeur, capital et intérêts. Les commanditaires ne payent pas, le vendeur poursuit la société; on lui objecte que la société n'a jamais été débitrice. C'était une étrange prétention. Est-ce que toute vente n'oblige pas l'acheteur à payer le prix? Donc la société était débitrice; si des commanditaires intervinrent pour s'obliger envers le vendeur, l'acheteur aurait pu être libéré en vertu de l'obligation contractée par eux; mais il eût fallu pour cela une novation; or, pas un mot de la convention n'impliquait l'intention de nover, alors que la loi exige que la volonté de nover résulte clairement de l'acte. Le tribunal de la Seine se prononça néanmoins en faveur de la société, par le motif que l'acte de vente ne lui imposait aucune obligation personnelle. Faut-il que l'acte de vente stipule que l'acheteur doit payer le prix? Le jugement fut réformé en appel et la cour de cassation confirma la décision de la cour de Paris (2).

Le vendeur de biens immobiliers accepte en payement du prix une créance de l'acquéreur contre un tiers; il notifie la cession au débiteur. Un ordre s'ouvre sur les im-

(1) Duranton, t. XII, p. 421, n° 318.
(2) Rejet, 28 février 1855 (Dalloz, 1855, 1, 439).

meubles vendus. Sur la demande des autres créanciers, le tribunal de première instance décida que le vendeur avait fait novation en acceptant un nouveau débiteur; que, par suite, il était déchu de son privilége. La cour de Pau réforma la décision; elle dit très-bien qu'il serait contre toute raison de supposer qu'un vendeur renonçât au privilége qui lui garantit le payement de sa créance pour un droit qui n'était pas même certain quant à son existence. Et ce qui est contre toute raison est aussi contre tout droit. Les premiers juges avaient oublié l'article 1273 : la novation ne se présume point; la volonté de nover doit résulter clairement de l'acte. Or, dans l'espèce, aucune intention de nover n'avait été exprimée, il n'y avait pas de nouveau débiteur, car le débiteur de la créance n'était pas intervenu; il y avait un payement subordonné à la réalisation effective de la créance cédée; il en résultait que le vendeur conservait tous ses droits si la créance n'était pas acquittée (1).

305. Ce qui trompe les parties intéressées et ce qui multiplie les procès, c'est que l'on s'imagine que là où il y a un nouveau débiteur, il y a nécessairement novation. Le texte de la loi condamne cette erreur; il faut de plus que le nouveau débiteur soit substitué à l'ancien, de manière que celui-ci soit déchargé. Des associés en nom collectif forment une société en participation avec un tiers; ils doivent, conjointement avec ce tiers, une somme pour fournitures faites à la nouvelle société. La dette était donc une dette sociale; pour l'acquitter, ils remettent au créancier une lettre de change tirée par eux seuls, en leur nom, sans le concours du tiers associé. La lettre de change ne fut pas acquittée, le créancier exerça son recours contre le tiers. On lui opposa la novation. Dans l'espèce, il ne pouvait s'agir de novation; le créancier avait pour débiteur la société; en recevant de deux associés une lettre de change, entendait-il libérer le troisième? Ce n'était pas une question de novation, puisqu'il n'y avait pas de nouveau débiteur; il s'agissait de savoir si le

(1) Pau, 9 mars 1853 (Dalloz, 1853. 2, 145).

créancier avait renoncé au droit qu'il avait d'agir contre le troisième associé; or, les renonciations ne se présument point; cela suffisait pour décider le procès. Il fut néanmoins porté jusque devant la cour de cassation (1).

Ce n'est pas qu'une dette sociale ne puisse être novée par un des associés quand celui-ci n'en était pas débiteur personnel, mais il faut toujours que l'on soit dans les termes de l'article 1273. Une société est dissoute; l'un des associés s'oblige pour une dette sociale : fait-il novation? C'est une question de fait. S'est-il obligé avec intention de nover, et le créancier a-t-il accepté son obligation en déchargeant son ancien débiteur? La cour d'Aix décida qu'il y avait novation : pour prouver que le créancier avait entendu décharger les débiteurs primitifs, elle se fonda sur les faits, les circonstances et les actes commerciaux. Sa décision fut attaquée pour violation de l'article 1273. La cour rejeta le pourvoi : est-ce présumer la novation que de prouver par des présomptions qu'elle existe? Non, car les présomptions sont une preuve, et cette preuve est admissible dans les matières de commerce, puisque la preuve testimoniale y est admise indéfiniment (2).

306. Les comptes courants continués avec une société nouvelle qui prend la place d'une société dissoute opèrent-ils novation? Nous avons déjà rencontré la difficulté (nos 261 et 262). La solution dépend de l'intention des parties intéressées. Mais il s'y mêle aussi des questions de droit, puisqu'il arrive à la cour de cassation de casser des arrêts qui admettent la novation. Le créancier, par suite d'un compte courant, continue de faire des versements après la dissolution de la maison de banque remplacée par une maison nouvelle; des circulaires avaient annoncé la formation de la nouvelle société qui s'était chargée de payer les dettes de l'ancienne. La cour de Paris jugea qu'il y avait novation. Sa décision fut cassée. L'arrêt de la cour de cassation est assez faiblement mo-

(1) Rejet, chambre civile (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2452, 1°).
(2) Rejet, chambre civile, 8 mars 1853 (Dalloz, 1854, 5, 510).

tivé; par contre, la cour de Rouen, saisie sur renvoi, établit les principes avec une grande netteté. Il y avait, dans l'espèce, un motif de droit qui était péremptoire : les formalités prescrites par l'article 46 du code de commerce n'avaient pas été remplies; dès lors les tiers, en continuant leurs relations avec la société nouvelle, ne pouvaient être censés nover leurs créances, puisque, à leur égard, il n'y avait pas de nouveaux débiteurs, légalement parlant. De fait les versements nouveaux furent inscrits sur un livret qui portait le nom de l'ancienne société; c'est seulement quand le livret fut rempli qu'on plaça sur le nouveau livret le nom de la nouvelle société. Mais légalement il n'y avait pas de société nouvelle, donc pas de novation de l'ancienne créance (1).

Il y a une décision en sens contraire de la cour de cassation de Belgique, mais elle s'est bornée à rejeter le pourvoi en décidant que l'arrêt attaqué ayant jugé en fait échappait à sa censure. Dans l'espèce, le créancier par compte courant d'une maison de banque, averti qu'elle était dissoute et remplacée par une maison nouvelle chargée de liquider les dettes de l'ancienne, continua ses opérations avec la nouvelle banque, en recevait ou y versait de l'argent, en acceptait les comptes qui comprenaient les versements faits à l'ancienne maison. Y avait-il novation? Le tribunal de Charleroi se prononça pour la négative; sur appel, arrêt infirmatif. La cour de Bruxelles constate d'abord que la maison nouvelle était chargée de payer les dettes de l'ancienne. Le créancier continuant ses affaires avec la nouvelle banque, sa créance fut portée sur les registres du banquier, qui figure dès lors comme débiteur personnel de la dette; le nouvel établissement éprouvant quelque gêne, le créancier offrit un atermoiement avec abaissement de l'intérêt de 5 à 3 p. c. : ce procédé serait inexplicable si le créancier n'avait pas entendu faire novation, car l'ancien débiteur était lui, solvable; le créancier aurait donc dû s'adresser à lui, au lieu de

(1) Cassation, 5 janvier 1835, et Rouen, 10 juin 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2452, 3°).

faire une remise partielle au nouveau débiteur. Pourvoi en cassation et arrêt de rejet; la cour décida que l'arrêt attaqué ayant jugé en fait, sa décision ne tombait pas sous la censure de la cour de cassation (1).

Y a-t-il contradiction entre l'arrêt de la cour de cassation de France et celui de la cour de cassation de Belgique? Non, les faits différaient d'une cause à l'autre, ce qui justifie la différence de décision. Il n'y a qu'un point sur lequel elles semblent différer d'avis : la décision des premiers juges est-elle de pur fait? La cour de cassation n'a-t-elle pas le droit et le devoir d'examiner si le juge du fond a fait une juste application de la loi aux circonstances de la cause par lui constatées? Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur ce point (n° 263).

307. Les rentes perpétuelles donnent lieu à de fréquentes contestations, quand elles sont garanties par une hypothèque et que l'acheteur de l'immeuble hypothéqué s'oblige à en servir les arrérages. Cette obligation libère-t-elle le débiteur primitif? La cour de Bruxelles a très-bien décidé que ces faits seuls n'emportaient pas novation. Le créancier a un débiteur personnel, l'hypothèque lui donne de plus une action réelle; et si l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué s'est obligé personnellement à payer la rente, le créancier a encore un recours personnel contre lui (2). Il n'y a là aucune renonciation à son droit : c'est une *adpromission,* ce n'est pas une *expromission.* Alors même que le détenteur de l'immeuble hypothéqué payerait les arrérages, il n'en résulterait aucune novation, le détenteur paye ce qu'il s'est obligé à payer; quant au créancier, étranger à la convention intervenue entre le débirentier et l'acquéreur, il en profite en vertu de l'article 1166; mais en exerçant les droits de son débiteur, il n'entend certes pas renoncer au droit qu'il a contre ce débiteur. Alors même que le créancier serait intervenu à l'acte de vente, il faudrait encore voir ce qui s'est passé : il peut très-bien accepter l'acquéreur comme débiteur,

(1) Rejet, 29 juillet 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 15).
(2) Bruxelles, 18 octobre 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 461).

sans décharger l'ancien débiteur, et la décharge du premier débiteur est une condition essentielle de la novation (1).

308. Le contrat de remplacement devient de plus en plus fréquent, et il donne lieu à de nombreuses contestations. Qui est débiteur? La charge du service militaire incombe à celui qui est appelé sous les drapeaux; si la dette personnelle est transformée en une dette pécuniaire, c'est au remplacé qu'elle incombe. D'ordinaire cependant c'est le père qui traite avec le remplaçant et qui s'oblige: est-ce à dire que les obligations contractées par le père opèrent novation par la substitution d'un nouveau débiteur et que, par suite, le remplaçant n'ait plus d'action contre le remplacé? Non, certes. Car en quelle qualité le père agit-il? Si le fils est mineur, le père contracte comme mandataire légal; si le fils est majeur, le père agit ou en vertu d'un mandat tacite, ou comme gérant d'affaires; dans tous les cas, c'est le fils qui est obligé. Si le père signe un billet en payement de ce que son fils doit, y aura-t-il novation? Le père continue son mandat ou sa gestion d'affaires, il paye une dette pour son fils. Mais ce payement n'est valable que si le billet est acquitté; s'il ne l'est pas, le remplacé conserve tous ses droits contre le remplaçant. La question a été ainsi décidée par la cour de Grenoble (2).

309. L'article 1277 porte que la simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place n'opère point novation. Bigot-Préameneu en donne la raison dans l'Exposé des motifs. Il n'y a pas de novation, parce qu'il n'y a aucun changement ni dans l'objet de la dette, ni dans les personnes qui y figurent, le créancier et le débiteur restant les mêmes. Quant à l'indication faite par le débiteur d'un tiers qui payera en sa place, c'est un simple mandat que le débiteur donne à la personne indiquée; mandat qui ne peut certes pas décharger le mandant de sa dette, puisque le mandataire payera au nom du débiteur (3).

(1) Rejet, 10 mars 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2455, 2°). Bourges 31 décembre 1830 (Dalloz, n° 2455, 4°).
(2) Grenoble, 15 février 1850 (Dalloz, 1852, 2, 84).
(3) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 149 (Locré, t. VI, p. 174).

Cette disposition de l'article 1277 est une conséquence si évidente de l'article 1273 et de la notion même de la novation, que l'on se demande pourquoi le législateur l'a formulée. Elle était d'autant plus inutile, que l'article 1275 avait déjà dit la même chose; alors même que le débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, cette délégation n'emporte pas novation; à plus forte raison en est-il ainsi d'une simple indication.

Quelque évidente qu'elle soit, cette disposition n'a pas prévenu les contestations; nous les mentionnons dans l'espoir que la jurisprudence les empêchera de renaître. Deux époux, débiteurs d'une somme de 7,500 francs, promirent, lors du traité qui constatait la dette, qu'elle serait payée par un tiers, qui devait au mari une somme de 15,450 francs. Le traité portait quittance de parfait payement. Le tiers indiqué pour payer ayant failli, le créancier assigna ses débiteurs primitifs; ceux-ci lui opposèrent la novation et la quittance; en première instance, ils obtinrent gain de cause, mais la cour infirma par des motifs péremptoires. Il ne pouvait y avoir novation que par l'engagement que le tiers aurait contracté envers le créancier; or, il était resté étranger au traité, et ses livres prouvaient qu'il ne se considérait pas comme débiteur personnel; ce motif était déterminant pour rejeter la novation. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet qui dit en deux mots qu'il n'y avait, dans l'espèce, qu'une simple indication de payement, laquelle n'opère pas novation (1).

Un créancier accepte de son débiteur, comme mode de payement, une créance contre un tiers, et celui-ci accepte cette substitution. Y a-t-il novation? Il faut encore la condition essentielle, la volonté de nover; or, dans l'espèce, rien n'indiquait, de la part du créancier, l'intention de renoncer à ses droits contre son débiteur originaire. Une circonstance de la cause levait tout doute. Le jour même

(1) Rejet, 17 janvier 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2497, 3°.) Comparez Bourges, 27 mai 1831 (Dalloz, n° 2497, 4°).

de l'acte, le débiteur primitif s'engageait à servir les intérêts de la dette à défaut du tiers. Donc la dette subsistait, et la substitution du tiers était une simple indication dans le sens de l'article 1277 (1).

310. L'article 1277 est une conséquence du principe formulé par l'article 1273, et doit être entendu dans le sens de ce principe : la novation ne se présume point, elle doit résulter clairement de ce qui s'est passé entre les parties, mais la loi n'exige pas que la volonté de nover soit expresse. La novation subjective peut donc être tacite, aussi bien que la novation objective. Un créancier reçoit d'un tiers un à-compte de sa créance, il en délivre quittance, puis il charge un procureur de poursuivre le payement du restant contre ce tiers; il a été jugé qu'il résultait de l'ensemble de ces circonstances que le créancier avait accepté le tiers comme débiteur en déchargeant le premier. C'est une interprétation douteuse, à notre avis, mais la cour de cassation dit que l'arrêt, ne faisant qu'interpréter la volonté, échappait à sa censure (2). De même l'interprète ne peut guère critiquer ces décisions de fait; le juge qui apprécie toutes les circonstances de la cause est plus compétent que l'auteur qui se trouve en face d'un compte rendu plus ou moins imparfait.

Par cela même ces décisions ont peu d'autorité au point de vue de la doctrine. Nous en citerons encore une qui montre le danger que le créancier court en consentant à une novation. Le débiteur dépose les fonds chez un banquier pour le payement de sa dette. Au lieu de toucher les deniers, le créancier consent à recevoir du papier sur une autre place; puis le banquier tombe en faillite avant l'échéance de la traite; il a été jugé que le créancier avait accepté le banquier comme débiteur et que, par suite, l'ancien débiteur était libéré. La cour de cassation a confirmé cette interprétation de volonté en ce sens qu'elle etait souveraine (3). Nous terminerons en recommandant aux juges du fait la plus grande circonspection en cette

(1) Poitiers, 18 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 2, 95).
(2) Rejet, 19 janvier 1814 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2457, 1°).
(3) Rejet, 30 novembre 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2457, 2°).

matière; pour mieux dire, c'est le législateur qui leur donne ce conseil et qui leur impose cette règle : la volonté de nover doit résulter clairement de l'acte

§ III. *De la délégation.*

N° 1. DÉFINITION ET CONDITIONS.

311. Pothier dit que « la délégation est une espèce de novation par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui donne une tierce personne qui, à sa place, s'oblige envers ce créancier ou envers la personne qu'il indique. » Quand Pothier dit que la délégation est une *espèce de novation,* cela ne veut pas dire que toute délégation soit une novation; d'après l'article 1275, il faut une condition spéciale pour que la délégation opère novation. « La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier n'*opère point de novation* si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation. » On doit donc distinguer deux espèces de délégations : la délégation simple qui n'opère point novation, et que pour ce motif on appelle imparfaite, et la délégation qui opère novation. Il y a des conditions requises pour toute délégation et il y a une condition spéciale prescrite pour la délégation-novation. Nous exposerons d'abord les conditions générales. Avant tout, il faut connaître les dénominations particulières qui sont usitées en cette matière.

D'ordinaire c'est le débiteur qui charge son propre débiteur de s'obliger envers son créancier, mais cela n'est pas de l'essence de la délégation. Le débiteur qui délègue un tiers, que nous supposons être son débiteur, pour s'obliger envers son créancier s'appelle le délégant, parce que c'est lui qui prend l'initiative de l'opération et qui y joue le rôle actif. On donne le nom de *délégué* au tiers qui, sur l'ordre du délégant, s'oblige envers le créancier. Le créancier au profit duquel se fait la délégation porte le nom de *délégataire,* de même que l'on nomme cession-

naires ou donataires ceux qui profitent d'une cession à titre onéreux ou gratuit (1).

312. On voit par là quelles sont les personnes qui jouent un rôle dans la délégation et qui, par conséquent, y doivent consentir. Le délégant doit consentir, car c'est lui qui fait l'offre au créancier ou, comme dit l'art. 1275, qui *donne* au créancier un autre débiteur; peu importe qu'il y ait novation ou non, il ne peut y avoir de délégation sans un délégant. Le délégué s'oblige envers le créancier, donc il faut qu'il consente. Le délégataire doit aussi consentir; quand il décharge l'ancien débiteur, la nécessité de son concours est évidente; elle l'est également quand il ne se fait pas de novation, il y a toujours une nouvelle obligation contractée envers le créancier par le délégué; or, il ne peut y avoir d'obligation sans le consentement du créancier.

Quelquefois il intervient dans la délégation une quatrième personne, celle que le créancier indique et envers laquelle, sur l'indication du créancier et de l'ordre du délégant, le délégué s'oblige; il faut, en ce cas, le consentement de ce quatrième personnage (2).

313. Nous avons dit que le délégant fait une offre à son créancier, il lui donne un autre débiteur : c'est au créancier à voir s'il veut l'accepter. Il peut refuser, alors même que la délégation n'aurait pas pour objet d'opérer novation. S'il n'accepte pas, il n'y a pas de délégation. Un acte de vente porte que l'acquéreur payera son prix entre les mains d'un tiers : tant que ce tiers n'accepte pas, il n'y a pas de délégation; par conséquent l'acquéreur n'est pas obligé de payer au tiers simplement indiqué pour recevoir le payement, il paye valablement à son vendeur; il n'est pas obligé envers le tiers, celui-ci n'a donc aucune action contre lui : il n'y a ni délégué ni délégataire, il y a une simple indication de payement. Vainement dirait-on que l'acquéreur s'est obligé envers son vendeur à payer au tiers; oui, envers le vendeur, mais

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 421, nº 223 *bis* I et II.
(2) Pothier, *Des obligations*, nº 600.

non envers le tiers, car il n'y a pas d'obligation sans concours de volontés (1).

De même si un tiers, par acte fait avec le débiteur seul, s'est chargé d'acquitter sa dette, cela ne suffit pas pour qu'il y ait délégation, car il n'y a pas de délégataire. Dans une espèce jugée par la cour de cassation, le créancier avait connaissance de la convention intervenue entre son débiteur et le tiers; mais cela ne suffit pas pour qu'il y ait un lien entre le créancier et le tiers; ce lien ne peut se former que par une obligation, et l'obligation implique, comme condition essentielle, le consentement de celui qui en doit profiter. Il n'y avait donc pas de délégataire, partant pas de délégation (2).

De là suit que si le débiteur poursuivi offre au créancier un autre débiteur, cette offre ne suffit point pour arrêter les poursuites; il faut que le créancier accepte l'offre, soit pour décharger son débiteur s'il consent à nover, soit pour suspendre les poursuites s'il consent à la délégation dans ce but (3). La cour de Bruxelles a déduit du même principe une autre conséquence tout aussi évidente. L'acquéreur s'oblige à payer une partie de son prix à un tiers; mais cet engagement n'est contracté qu'à l'égard du vendeur, le tiers n'intervient pas dans l'acte de vente et n'accepte pas l'offre qui en résulte à son profit; dès lors l'acquéreur reste tenu envers son vendeur, et il conserve aussi le droit qu'a l'acheteur de suspendre le payement du prix s'il est troublé, ou s'il a juste sujet de craindre un trouble on une éviction (4).

314. Faut-il que toutes les personnes intéressées dans la délégation consentent simultanément? La négative est évidente; la loi n'exige pas le concours simultané du délégant, du délégué et du délégataire, et il n'y avait aucune raison de l'exiger. Il s'agit d'une convention, et cette convention se forme, comme toute convention, par l'offre

(1) Grenoble, 12 mai 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2470, 8°). Cassation, 13 germinal an x (Dalloz, au mot *Emigré*, n° 112, 3°).
(2) Cassation, 19 décembre 1815 (Dalloz, n° 2470, 5°).
(3) Paris, 24 avril 1809 (Dalloz, n° 2470, 4°).
(4) Bruxelles, 12 juillet 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 422).

et l'acceptation; l'acceptation peut suivre l'offre, mais elle doit se faire avant que l'offre soit rétractée et à un moment où le concours de consentement peut encore avoir lieu. Il faut donc appliquer à la délégation tout ce que nous avons dit du consentement (1).

Le délégant peut révoquer son offre tant que son créancier ne l'a pas acceptée. Cela est incontestable. On demande s'il faut le consentement du délégué. S'il y a eu une convention entre le délégant et le délégué, cette convention, qui constitue l'offre, ne peut être révoquée que par le concours de volonté de ceux qui l'ont formée; c'est le droit commun (art. 1134), et nous sommes sous l'empire du droit commun (2). Ainsi un acte de vente porte que l'acheteur payera son prix entre les mains d'un tiers: tant que le tiers n'a pas accepté cette offre de délégation, le vendeur et l'acheteur peuvent la révoquer (3). De même si le débiteur délègue à son créancier des sommes à lui dues par un tiers, cette convention intervenue entre le délégant et le délégataire n'est pas définitive; il n'y a pas encore de délégation, puisque le délégué n'y a pas concouru; tant que le délégué n'aura pas consenti, le projet de délégation peut être rétracté par ceux qui l'ont dressé. Ce point est très-important quand il y a novation, puisque la novation, si elle était définitive, éteindrait la dette. Lorsqu'il y a une simple délégation projetée par le créancier et le débiteur, il va sans dire que le créancier y peut renoncer, puisqu'elle se fait dans son intérêt; il pourrait même y renoncer après que le délégué aurait consenti: il conserve sa créance, il peut renoncer au bénéfice de la délégation pour s'en tenir à son débiteur primitif (4).

Le concours de consentement, nécessaire pour que la délégation se forme, peut-il encore avoir lieu après la mort de l'une des parties intéressées? Il a été jugé que le décès du délégant n'empêchait pas la délégation de se

(1) Voyez le tome XV de mes *Principes*, p. 544, n°s 472 et suiv. Comparez Larombière, t. III, p. 536, n°s 2 et 3 de l'article 1275 (Ed. B., t. II, p. 325).
(2) Bordeaux, 3 mai 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2472).
(3) Rejet, 22 novembre 1831 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1337).
(4) Paris, 25 juin 1836 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2474).



former, par la raison que l'acceptation rétroagit (1). Cette décision est contraire aux principes qui régissent le consentement. L'obligation n'existe que lorsque les parties intéressées ont consenti; or, leur consentement ne peut se donner d'une manière efficace que lorsque toutes les parties sont capables de consentir; si l'une d'elles est décédée, le concours de volontés ne peut plus avoir lieu. Cela décide la question. Quant à la prétendue rétroactivité de l'acceptation, elle est purement imaginaire : conçoit-on que je sois créancier ou débiteur avant d'avoir consenti?

315. Comment les parties intéressées doivent-elles donner leur consentement? On a demandé si le créancier doit accepter d'une manière expresse l'offre de délégation qui lui est faite. La question implique une confusion d'idées. Aux termes de l'article 1275, la délégation n'opère point de novation si le créancier n'a *expressément* déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation. Il faut donc une déclaration expresse de la volonté de nover pour que la délégation opère novation. Autre est la question de savoir si une acceptation expresse est nécessaire pour qu'il y ait novation. La négative est certaine. En effet, cette acceptation n'est rien qu'une manifestation de consentement; or, tout consentement peut se donner tacitement quand la loi n'exige pas un consentement exprès. Et, dans l'espèce, la loi ne dit rien; elle maintient par cela même le droit commun. L'article 1275, en tant qu'il exige une déclaration expresse de volonté pour opérer novation, n'est pas applicable à notre question; nous ne supposons pas de novation, nous demandons seulement quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait délégation, et cette question est décidée par les principes généraux qui régissent le consentement. La doctrine (2) et la jurisprudence (3) sont en

(1) Montpellier, 3 mai 1841 (Dalloz, au mot *Effets de commerce*, n° 856).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 220, note 41, § 324.
(3) Rejet, 9 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 1685, 4°), et 27 février 1856 (Dalloz, 1856, 1, 146). Dijon, 4 février 1847 (Dalloz, 1847, 4, 152).

ce sens. Le consentement tacite suffit. C'est aux tribunaux de décider si les faits que l'on allègue impliquent le consentement. Quand il n'y a pas novation, l'acceptation du créancier s'admet très-facilement; il conserve ses droits contre son ancien débiteur et il acquiert un débiteur nouveau. Cela ne veut cependant pas dire que son consentement se présume; le consentement peut être tacite, il n'est jamais présumé.

316. Dans quelles formes l'acceptation doit-elle se faire? La loi ne prescrit aucune forme; c'est dire que l'on reste sous l'empire du droit commun d'après lequel les actes ne servent que de preuve. Il y a d'autres formes qui sont prescrites dans l'intérêt des tiers, mais le législateur seul a le droit d'établir ces formes, l'interprète ne peut pas les étendre, fût-ce par motif d'analogie. Ces principes élémentaires suffisent pour décider notre question; la délégation n'est soumise à aucune formalité, par la raison très-simple que la loi n'en prescrit point.

La doctrine et la jurisprudence sont contraires. Toullier dit que l'acceptation du créancier doit être faite par acte authentique; il cite l'article 1690. Cette disposition concerne la cession, c'est-à-dire la vente d'une créance. Est-ce que dans la délégation il y a une vente? Nous avons commencé par dire, et cela est élémentaire, que la novation n'est pas une cession; donc l'article 1690 est hors de cause, en supposant même que la délégation opère novation. A plus forte raison ne peut-il pas être question d'appliquer l'article 1690 lorsque, comme Toullier le suppose, la délégation n'emporte pas novation. Dans ce cas la délégation consiste uniquement dans une adpromission d'un nouveau débiteur, sans que l'ancien soit déchargé. Cette adpromission est-elle une cession? Il se peut qu'elle soit faite sous forme de cession, si le débiteur cède à son créancier une créance qu'il a contre un tiers; alors il faut naturellement, pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers, qu'il remplisse les formalités de l'article 1690. Mais qu'on le remarque bien, ce n'est pas là une délégation; la cession est une dation en payement si le créancier décharge son débiteur, sinon

elle équivaut à la remise d'un billet. La délégation proprement dite n'existe que si le tiers délégué s'oblige envers le délégataire et devient son débiteur; elle n'a rien de commun avec la cession et, par suite, l'article 1690 est inapplicable. Toullier ajoute qu'une acceptation sous seing privé ne suffirait point, parce que, n'ayant pas de date certaine, le délégant et le délégataire resteraient les maîtres de lui donner telle date qu'ils voudraient au préjudice des autres créanciers (1). Cela est une inadvertance singulière. Toullier cite l'article 1328; or, cet article nous dit comment un acte sous seing privé acquiert date certaine; il ne faut donc pas que la délégation soit authentique pour avoir date certaine. On reste sous l'empire des principes généraux.

La cour d'Orléans a rendu un arrêt qui semble exiger d'une manière absolue une acceptation authentique. Mais, dans l'espèce, le débiteur avait cédé à son créancier une créance sur un tiers, il fallait donc observer les formalités prescrites par l'article 1690 (2). La cour de Dijon a jugé, en principe, que toute délégation implique une cession, puisque le délégué devient débiteur du délégataire (3). Sans doute, mais il ne le devient pas en vertu d'une cession, il le devient, parce qu'il s'oblige à payer la dette du délégant au délégataire, ce qui rend l'article 1690 inapplicable.

N° 2. DE LA DÉLÉGATION PARFAITE.

317. Pour que la délégation emporte novation, il faut que le créancier déclare expressément qu'il entend décharger son débiteur qui a fait la délégation. En tant que l'article 1275 exige la décharge de l'ancien débiteur pour qu'il y ait novation, il ne fait qu'appliquer à la délégation le principe général qui régit la novation par sub-

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 232, n° 288, suivi par Larombière, t. III, p. 542, n° 4 de l'article 1276 (Éd. B., t. II, p. 327).
(2) Orléans, 3 juillet 1847 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2477).
(3) Dijon, 9 février 1847 (Dalloz, n° 2279, 3°). Comparez Rejet, 9 février 1810 (Dalloz, n° 2279, 1°). Agen, 2 décembre 1851 (Dalloz 1852, 2, 26).

stitution d'un nouveau débiteur (art. 1271, 2°). S'il n'y a pas de décharge, il ne peut être question de novation, puisque la première dette subsiste. La cour de cassation a rendu deux arrêts en ce sens (1), et, en vérité, on est étonné que des questions décidées par le texte soient portées devant la cour suprême. La loi est beaucoup plus sévère pour la novation par délégation que pour la novation ordinaire; s'il faut une décharge pour la novation ordinaire, il faut plus que cela pour que la délégation opère novation; la loi exige une *décharge expresse*. Mais que faut-il entendre par ces termes de l'article 1275, si le créancier n'a *expressément* déclaré qu'il a déchargé l'ancien débiteur? Nous avons bien des fois rencontré ce mot dans les textes du code civil, et nous l'avons toujours interprété en ce sens qu'une déclaration *expresse* implique une manifestation de volonté par paroles, non qu'il faille des termes sacramentels, mais il faut des termes; donc quand on dresse un écrit, des expressions quelconques qui ne laissent aucun doute sur la volonté de celui qui fait la déclaration, et c'est pour qu'il ne reste aucun doute que la loi ne se contente pas d'un consentement tacite. Rien de plus incertain que le consentement qui s'induit des faits et des circonstances de la cause; nous en avons vu bien des exemples dans la matière de la novation (2).

La question est cependant controversée, et il y a un motif de douter. Quand il s'agit de la novation ordinaire, la loi n'exige pas une déclaration expresse de la volonté de nover, elle admet la novation tacite, pourvu que la volonté de nover résulte clairement de l'acte (art. 1273). Or, la délégation, quand elle opère novation, est un acte identique à la novation ordinaire; pourquoi donc les conditions seraient-elles différentes? Notre réponse est dans le texte : l'article 1275 est conçu dans des termes beaucoup plus restrictifs que ceux de l'article 1273; l'un

(1) Rejet, 28 avril 1818 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2483, 1°) et 9 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 1685, 4°). Inutile de citer les auteurs.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 220, note 42, § 324, et les autorités qui y sont citées.



exige une déclaration *expresse,* tandis que l'autre se contente d'une volonté tacite. Il n'y aurait aucune raison de cette différence, qu'il faudrait s'en tenir à la lettre de la loi, parce qu'elle est claire et formelle. Mais la rigueur plus grande de la loi quand il s'agit de la délégation s'explique; c'est pour mettre fin aux controverses qui dataient du droit romain, que le législateur français a décidé que la délégation n'opère pas novation; c'est donc par exception que la novation résulte de la délégation; or, toute exception doit être expressément stipulée.

On prétend que la différence entre l'article 1273 et l'article 1275 est plus apparente que réelle; l'article 1273 exige que la volonté d'opérer la novation résulte clairement de l'acte, c'est-à-dire des *expressions* de l'acte interprétées par les tribunaux, et l'article 1275 ne dit pas autre chose, car il ne prescrit pas d'expression sacramentelle (1). L'objection suppose que le mot *acte* signifie un écrit; or, cette opinion est généralement rejetée; nous avons cité de nombreux exemples, empruntés à la jurisprudence, dans lesquels la novation a été admise comme résultant des faits et circonstances de la cause, tandis que l'article 1275 rejette bien positivement la délégation tacite.

La jurisprudence n'est pas bien précise. Il y a des arrêts qui semblent exiger une manifestation de volonté claire et formelle (2), mais est-ce dans le sens de l'article 1275 ou dans le sens de l'article 1273? On ne le sait. Pour l'opinion que nous avons soutenue, on invoque un arrêt de la cour de La Haye (3), mais la cour ne dit point ce que l'arrêtiste lui fait dire. Il y a un arrêt de la cour de cassation de France qui paraît plus explicite, mais l'arrêt ne décide pas la question, il la touche incidemment dans les motifs et ce qu'il en dit n'est pas tout à fait exact, à notre avis. La cour admet qu'il faut une déclaration de volonté dans le contrat lui-même, c'est-à-dire dans l'écrit qui le constate, et il rattache cette disposition à l'article 1341, qui prohibe toute espèce de preuve contre et

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 423, n° 223 *bis* IV.
(2) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, n°s 2486 et 2487.
(3) La Haye, 26 novembre 1828 (*Pasicrisie,* 1828, p. 343).

outre le contenu en l'acte (1). Nous ne comprenons pas quel lien existe entre l'article 1341 et l'article 1275, et nous ne croyons pas qu'il faille nécessairement un écrit pour établir la délégation : une déclaration peut être expresse sans être écrite, sauf la difficulté de preuve.

318. L'application de l'article 1275 donne lieu à une difficulté très-usuelle. Il arrive souvent que le débiteur donne en payement à son créancier une créance qu'il a contre un tiers : y aura-t-il novation? Nous avons répondu d'avance à la question en signalant la différence qui existe entre la cession et la délégation. La cession porte sur la créance cédée, la délégation délègue un tiers qui contracte une obligation personnelle envers le délégataire; de là suit que le débiteur ne doit pas consentir dans la cession, il y reste étranger, tandis que le délégué doit concourir à la délégation. La cession est soumise à des formes spéciales pour qu'elle puisse être opposée aux tiers; la loi ne prescrit pas ces conditions pour la délégation. C'est ce que la cour de Lyon a très-bien jugé dans une affaire qui a donné lieu à plusieurs arrêts de la cour de cassation. La cession d'une créance n'emporte pas par elle-même délégation, parce que le créancier qui l'accepte en payement ne déclare pas expressément sa volonté de décharger son débiteur. On invoquait, dans l'espèce, les faits et les circonstances de la cause. Cela ne suffit point, dit la cour, puisque la loi exige impérieusement que la libération du débiteur soit expresse. Il y avait un motif particulier de douter dans cette affaire : l'acte de vente portait quittance du prix, et une contre-lettre prouvait que cette énonciation était simulée. On s'en prévalait pour soutenir que l'intérêt des tiers exigeait que la novation existât; la cour répond que les droits des tiers sont sauvegardés par la disposition de l'article 1321 qui ne reconnaît aucun effet aux contre-lettres à l'égard des tiers. Restait la question de novation, et elle est tranchée par l'article 1275 (2).

(1) Rejet, 12 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 1, 433).
(2) Lyon, 20 juillet 1827 (Dalloz, n° 2893, 2°). Comparez Pau, 9 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 145); Bruxelles, 13 mai 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 16).

Ce n'est pas à dire que la cession d'une créance n'opère jamais novation. Elle peut opérer novation dans deux cas. D'abord si le créancier reçoit la créance comme l'équivalent de ce qui lui est dû; c'est le cas de la novation objective; il faudra que la volonté d'opérer novation résulte clairement de l'acte (1). Le créancier peut aussi, en acceptant la cession, demander que le débiteur de la créance cédée s'oblige envers lui, et déclarer que, moyennant cet engagement, il décharge son ancien débiteur. Il y aura, dans ce cas, novation, en vertu de l'article 1271, 2°. Ce n'est pas une délégation proprement dite, parce que le débiteur n'a pas donné au créancier un autre débiteur, il lui a donné en payement une créance.

319. Quand le créancier délégataire a fait la déclaration expresse prescrite par l'article 1275, il y aura novation; par suite, le délégant sera libéré. Si le délégué est le débiteur du délégant, il y aura une seconde novation, puisque, moyennant l'obligation que le délégué contracte envers le délégataire, il sera déchargé envers le délégant son créancier. Mais la délégation peut aussi se faire sans que le délégué soit le débiteur du délégant; il paye, dans ce cas, la dette du délégant et il aura contre lui un recours en vertu de la convention par laquelle il s'est obligé à payer pour lui.

Il se peut que le délégué se soit obligé envers le délégataire dans la fausse persuasion où il était d'être débiteur du délégant; il s'est donc obligé par erreur envers le délégataire, et s'il paye, il paye ce qu'il ne devait pas, en ce sens qu'il n'était pas débiteur comme il croyait l'être. Il est certain qu'il aura une action en répétition contre le délégant; peut-il aussi agir contre le délégataire s'il a payé, ou se dispenser de payer s'il découvre son erreur avant d'être actionné par le délégataire? Pothier enseigne la négative. Le délégataire, dit-il, ne fait que recevoir ce qui lui était dû par son ancien débiteur qu'il a déchargé; il ne doit point souffrir de l'erreur du délégué. Telle est aussi l'opinion des auteurs modernes, sauf le dissentiment

(1) Voyez les arrêts dans le *Répertoire de Dalloz*, n°s 2494 et 2495.

de Duranton sur une question spéciale. Le créancier, dit Toullier, ne peut pas savoir et il n'a pas besoin de s'inquiéter de ce qui s'est passé entre le délégant et le délégué : il a un nouveau débiteur qui s'est engagé envers lui; sur la foi de cet engagement, il a déchargé son ancien débiteur; il doit donc avoir le droit de poursuivre le délégué, sauf au délégué à agir contre le délégant (1).

Cette argumentation nous laisse un doute. Si le délégué ne s'engage pas comme débiteur du délégant, on peut dire qu'il n'a pas le droit d'invoquer l'erreur où il était, puisque son engagement envers le délégataire est indépendant de sa qualité de débiteur. Mais si le délégué s'est présenté au créancier, comme débiteur du délégant, si c'est comme tel qu'il s'est engagé envers le délégataire et s'il se trouve qu'il n'était point débiteur, ne pourra-t-il pas se prévaloir de l'erreur qui a été la cause déterminante de son engagement pour en demander la nullité? Il est certain que la convention qu'il a faite avec le délégataire est viciée par l'erreur, il ne se serait pas obligé envers le délégataire s'il avait su qu'il ne fût pas débiteur du délégant; pourquoi ne lui permet-on pas de demander la nullité de cet engagement? Le créancier a reçu ce qui lui est dû, dit-on. Par son ancien débiteur, oui; mais la question est de savoir si le nouveau débiteur s'est valablement engagé et si la novation est valable.

La doctrine et la jurisprudence vont plus loin : on refuse même toute action au délégué contre le délégataire quand celui-ci savait, lors de la novation, que le délégué n'était point débiteur. Cela n'empêche pas, dit la cour de cassation, que le délégataire n'ait reçu ce qui lui est dû; dès lors l'action en répétition de l'indû n'est pas admissible, parce que l'une des conditions requises par la loi fait défaut; on ne peut pas dire que le créancier ait reçu ce qui ne lui était pas dû, puisqu'il était réellement créancier (2). Il nous semble que l'article 1377 répond à l'objection. Quand celui qui, par erreur, se croyait débiteur

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 602. Toullier, t. IV, 1, p. 253, n° 319. Bordeaux, 2 avril 1835 (Dalloz, n° 2535, 1°).
(2) Rejet, chambre civile, 31 mars 1852 (Dalloz, 1852, 1, 161).

paye au créancier ce qu'il ne doit pas, il peut répéter. Or, dans l'espèce, le délégué n'était pas débiteur du délégant, donc il n'est pas devenu le débiteur du délégataire, puisque ce n'est que comme débiteur du délégant qu'il s'est obligé envers le délégataire; dès lors, on est dans les termes de l'article 1377. Le délégué peut demander la nullité de son engagement vicié par l'erreur et, par suite, répéter ce qu'il a payé indûment, sauf au créancier à se prévaloir contre lui de l'exception que le deuxième alinéa de l'article 1377 fait en faveur du créancier de bonne foi qui a supprimé son titre. C'est sur ce point que Duranton est en dissentiment avec la généralité des auteurs (1). Si l'on admet l'action en répétition accordée par le premier alinéa de l'article 1377, il va sans dire que le deuxième alinéa est également applicable.

320. « Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation n'a point de recours contre ce débiteur si le délégué devient insolvable (art. 1276). » C'est une conséquence logique de la novation qui s'est opérée. Elle a libéré l'ancien débiteur; dès lors le créancier ne peut plus avoir d'action contre lui.

L'article 1276 admet deux exceptions : si l'acte contient la réserve expresse qu'en cas d'insolvabilité du délégué, le créancier aura un recours contre le délégant, la novation sera conditionnelle, en ce sens que le débiteur primitif n'est déchargé de sa dette que sous la condition que le délégué soit solvable. Pour que le créancier puisse invoquer le bénéfice de cette clause, il faut naturellement que l'insolvabilité du délégué soit constatée; il doit donc avant tout agir contre le délégué et discuter ses biens (2).

La seconde exception a lieu lorsque le délégué était déjà en faillite ouverte ou en déconfiture au moment de la délégation. On suppose que le délégataire ignorait cet état de choses; la loi en conclut que la novation se fait sous la condition tacite que le délégué soit solvable. Cette

(1) Duranton, t. XII, p. 440, n° 333.
(2) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 2527.

condition est fondée sur l'intention des parties contractantes. Est-ce que le créancier consentirait à décharger son débiteur solvable, moyennant la substitution d'un nouveau débiteur insolvable? Ce ne serait plus une novation, ce serait une remise au moins partielle de la dette.

La loi dit que, dans ces deux cas, le délégataire aura un recours contre le délégant, son ancien débiteur. Quel est ce recours? est-ce l'action de l'ancienne dette, ou est-ce une action nouvelle que la loi donne au créancier? Si l'on admet l'explication que nous venons de donner des deux exceptions prévues par l'article 1276, la question est résolue d'avance. La novation est conditionnelle; la condition faisant défaut, il n'y a pas de novation et, partant, l'ancienne dette subsiste. Cela répond à l'objection que la dette étant éteinte ne peut pas revivre. La dette n'est éteinte que conditionnellement; quand la condition défaillit, la dette ne revit pas, elle n'a jamais été éteinte. On objecte les termes de l'article 1276 : la loi parle d'un *recours*, dit-on, et non de l'action naissant de la dette éteinte. Si la loi s'est servie de l'expression vague de *recours*, c'est pour éviter une périphrase, la rédaction est plus concise sans être obscure. Qu'est-ce que ce *recours?* Une action que le délégataire intente contre son ancien débiteur. Quelle est cette action? Il se l'est réservée dans le premier cas; la réserve implique une condition; le créancier dit à son débiteur : Je consens à vous libérer si le délégué est solvable. Cette même condition est sous-entendue dans la seconde exception. La loi met les deux cas sur la même ligne : si la novation est conditionnelle dans un cas, elle est aussi conditionnelle dans l'autre (1).

N° 3. DE LA DÉLÉGATION IMPARFAITE.

321. Cette délégation n'opère pas novation, l'ancien débiteur n'est pas déchargé : le créancier conserve donc tous les droits qu'il avait contre lui. Il acquiert un débi-

(1) Comparez Colmet de Santerre (t. V, p. 424, n° 224 *bis* II) qui a une autre explication. En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 222, note 51, et les auteurs qui y sont cités.



teur nouveau, le délégué. Quel est le rapport qui existe entre les deux débiteurs? La loi ne le dit pas; ils ne sont pas débiteurs solidaires, puisqu'ils ne se sont pas engagés solidairement. Néanmoins chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout, car ils se sont engagés pour le tout. Le nouveau débiteur est plus que caution, il est débiteur. D'un autre côté, l'ancien débiteur reste tenu; le créancier a deux actions indépendantes l'une de l'autre. S'il poursuit le nouveau débiteur, celui-ci ne peut pas le renvoyer à l'ancien, ni lui opposer le bénéfice de discussion, car il est débiteur principal, aussi bien que le premier. Le créancier s'adresse-t-il au premier, celui-ci ne peut pas le renvoyer au second et dire qu'il n'est tenu que si le second est insolvable (1); il est et il reste débiteur principal, le créancier peut donc le poursuivre. Le tout, sauf conventions contraires. Il faut voir dans quel but le second débiteur s'est engagé; il faut voir si, de son côté, le créancier a pris des engagements dans l'intérêt du premier débiteur.

§ IV. *Effet de la novation.*

N° 1. PRINCIPE.

322. La novation éteint l'ancienne dette avec les accessoires qui y sont attachés; c'est l'effet de tous les modes d'extinction des obligations. Mais il y a une différence considérable entre la novation et les autres modes qui éteignent l'obligation : c'est qu'au moment où l'ancienne dette s'éteint, il en naît une nouvelle, qui prend la place de l'ancienne. La nouvelle dette est régie par les principes généraux qui régissent les obligations; elle ne prend pas la nature et n'a pas les effets de la dette qui est éteinte. De là suit que si une dette commerciale est novée en une dette civile, l'on applique à la dette civile les principes qui concernent l'intérêt légal, lequel est de 5 p. c. en matière civile, tandis qu'il est de 6 p. c. en

(1) Paris, 17 frimaire an XII (Dalloz, n° 2528).

matière de commerce (1). Quant à l'intérêt conventionnel, il dépend, d'après notre législation, des stipulations du contrat.

323. L'effet de la novation, c'est-à-dire la libération du débiteur, est-il subordonné à l'exécution effective du nouvel engagement? On suppose que la novation s'opère par la dation en payement d'un immeuble; le créancier est évincé : la novation subsistera-t-elle, ou l'ancienne obligation revivra-t-elle avec tous ses accessoires? La question est très-controversée. Il faut d'abord bien préciser l'objet de la difficulté. La dation en payement équivaut à une vente, elle oblige, par conséquent, à la garantie celui qui donne un immeuble en payement; sur ce point, tout le monde est d'accord. Mais l'action en garantie est une action personnelle; s'il y a des sûretés réelles attachées à l'obligation primitive, le créancier aurait grand intérêt à agir en vertu de cette obligation : en a-t-il le droit? La négative est généralement enseignée, et nous n'y voyons guère de doute. C'est une conséquence juridique de la novation. Elle éteint l'ancienne dette : cette extinction est définitive; le créancier ne peut donc plus avoir d'action contre l'ancien débiteur qu'il a déchargé. L'article 1276 prévoit des exceptions à cette règle; ces exceptions supposent que la novation est conditionnelle; que la condition soit expresse ou tacite, peu importe. Le créancier qui décharge son ancien débiteur, en recevant un immeuble en payement, peut aussi se réserver son recours au cas où il serait évincé; l'éviction fera alors tomber la novation, et le créancier reprendra tous ses droits. Cette condition peut-elle être tacite? On le prétend; le créancier, dit-on, ne libère le débiteur que sous la condition que la propriété de la chose donnée en payement lui soit transportée; donc l'éviction résout la novation. Ce serait une condition résolutoire tacite; est-ce que cette condition peut être admise sans une disposition formelle de la loi? La négative nous paraît cer-

(1) Rejet, 24 mars 1851 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2510). Dijon, 17 février 1855 (Dalloz, 1855, 1, 264).

taine. Dans les contrats synallagmatiques, on pouvait dire aussi que l'engagement contracté par l'une des parties est la condition sous laquelle l'autre s'est engagée; cependant, pour que cette condition fût sous-entendue, il a fallu une décision du législateur (art. 1184). Dans l'ancien droit, les parties devaient stipuler la résolution pour qu'elle existât. Il en est de même de la résolution de la novation; la novation est définitive si la nouvelle obligation est valable. L'article 2038 confirme cette interprétation. Il suppose que le créancier a reçu en payement un immeuble; la dette est éteinte et, par suite, le débiteur est libéré, et la caution est déchargée; puis le créancier est évincé : l'ancienne dette revit-elle? Non, la caution reste déchargée. Donc la dation en payement n'implique pas une condition résolutoire tacite (1).

N° 2. EFFET DE LA NOVATION A L'ÉGARD DES CAUTIONS ET DES CODÉBITEURS SOLIDAIRES

324. « La novation à l'égard du débiteur principal libère les cautions » (art. 1281). Il est impossible que l'obligation accessoire du cautionnement survive à l'obligation principale. Il en serait ainsi lors même que la caution serait solidaire. La cour de cassation l'a jugé ainsi en invoquant l'article 1281, aux termes duquel la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires libère les autres (2). L'argument n'est pas décisif: c'est que la solidarité à laquelle la caution se soumet n'a d'effet qu'à l'égard du créancier, elle n'en a pas à l'égard du débiteur; la caution reste caution, et ne devient pas débiteur. Par cela même la deuxième disposition de l'article 1281 est applicable : la caution, quoique solidaire, restant caution, son engagement accessoire tombe avec l'engagement principal du débiteur.

325. La loi ne parle pas de la novation opérée à l'égard

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 487, note 4, § 292. Larombière, t. III, p. 549, n° 6, de l'article 1278 (Ed. B., t. II, p. 330). En sens contraire, Troplong, *des Hypothèques*, n°s 847 et suiv.
(2) Rejet, 10 mai 1858 (Dalloz, 1858, 1, 283).



de la caution. Il faut voir dans quel but elle se fait. D'ordinaire elle aura pour objet de libérer la caution de son cautionnement; dans ce cas, elle n'a aucun effet à l'égard du débiteur principal, la dette pouvant très-bien subsister sans cautionnement; de même les cofidéjusseurs ne seront pas libérés, parce que nous supposons que l'unique objet de la novation est d'affranchir la caution qui intervient dans la novation. Que faut-il décider si les cautions sont solidaires? La cour de Lyon a jugé qu'il y avait lieu, dans ce cas, d'appliquer la première disposition de l'art. 1281, aux termes de laquelle la novation opérée entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires libère les autres codébiteurs; elle a, en conséquence, déclaré la dette éteinte. Cette décision a été cassée, l'erreur est évidente. La caution, quoique solidaire, reste caution; la solidarité stipulée contre les cautions n'a d'effet qu'à l'égard du créancier, elle n'empêche pas le cautionnement d'être un engagement accessoire à l'égard du débiteur principal. Quand donc le créancier fait novation avec l'une des cautions solidaires et dans son seul intérêt, l'effet de la novation doit être restreint à la caution que la novation a eu pour objet d'affranchir de son engagement. La doctrine est dans le même sens (1). Il en serait autrement si l'intention des parties contractantes était de nover la dette principale : la caution est libre de prendre sur elle le fardeau de la dette en la novant; seulement ce cas est si peu probable, que la loi ne l'a pas prévu. S'il se présentait, la solution ne serait pas douteuse : la dette serait éteinte à l'égard du débiteur principal et des cofidéjusseurs (2).

326. Quand la novation se fait entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés (art. 1281). La novation éteint la dette comme le payement, elle doit donc libérer tous ceux qui sont tenus de la dette.

327. L'article 1281 ajoute : « Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébi-

(1) Cassation, 18 juillet 1866 (Dalloz, 1866, 1, 326). Aubry et Rau, t. IV, p. 222, § 324.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 432, n° 229 *bis* II.

teurs ou, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement. » La novation est, dans ce cas, conditionnelle; le créancier ne consent à faire novation que sous la condition que les codébiteurs et les cautions s'obligent pour la dette nouvelle; si les codébiteurs et les cautions accèdent, la novation s'opérera; s'ils n'accèdent pas, il n'y aura pas de novation. Il suit de là que le créancier ne peut pas stipuler l'accession des codébiteurs et des cautions malgré eux. C'était l'opinion de Pothier; les uns l'approuvent, les autres la critiquent (1). Il nous semble que le code consacre les vrais principes : les codébiteurs et les cautions avaient consenti à s'obliger pour la première dette ; si cette dette est éteinte, leur obligation est également éteinte, elle ne peut se continuer pour une nouvelle dette qu'en vertu d'un nouveau consentement, personne ne pouvant être obligé sans avoir consenti.

N° 3. DES HYPOTHÈQUES.

328. Les hypothèques sont un accessoire de la dette, elles s'éteignent avec l'obligation qu'elles sont destinées à garantir. C'est là d'ordinaire le grand intérêt de la question de savoir s'il y a novation, et c'est aussi le danger que présente la novation pour le créancier. Il peut, il est vrai, stipuler des garanties pour la nouvelle dette, mais ces nouvelles hypothèques n'auront rang qu'à partir de leur inscription. Le créancier perd donc le rang que lui donnait la première inscription, et perdre son rang en matière d'hypothèques, c'est le plus souvent perdre son droit. De là la question de savoir si le créancier peut se réserver les hypothèques attachées à l'ancienne créance avec le rang qu'elles avaient par leur inscription.

L'article 1278 répond à la question en ces termes : « Les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 247, n° 314; Colmet de Santerre, t. V, p. 432, n° 229 *bis* I. Comparez Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 742 n° 1414.

passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés. » Cette disposition donne lieu à plus d'une difficulté. Quel est son objet? L'objet de l'article n'est pas précisément de décider si les hypothèques peuvent toujours être réservées, et quel sera l'effet de cette réserve; la loi ne s'explique pas sur ces points, elle suppose que la réserve peut avoir lieu: doit-elle être expresse ou peut-elle être tacite? Tel est le seul point que la loi décide formellement, et elle le décide parce que dans l'ancien droit la question était controversée. Dumoulin et Basnage enseignaient que la conservation des hypothèques était de droit dans la novation dite objective, de sorte qu'elle n'avait pas besoin d'être stipulée. Pothier exigeait une réserve. Les auteurs du code se sont décidés pour la réserve, ce qui est plus conforme aux principes. De droit, les hypothèques s'éteignent à titre d'accessoire, elles ne peuvent subsister qu'en vertu d'une réserve (1). Mais en quel sens, avec quel effet? Le code ne le dit point.

329. En quel sens peut-on réserver les hypothèques qui garantissaient l'ancienne dette? La réserve suppose que les hypothèques conservent le rang que leur donne l'inscription; elle n'a d'utilité que si tel en est l'effet. Mais l'hypothèque n'est réservée que telle qu'elle existait. Si donc la nouvelle dette était plus considérable, l'hypothèque réservée ne la garantirait que dans les limites de la dette ancienne. C'est une conséquence des principes qui régissent notre système hypothécaire. L'hypothèque est spéciale, elle n'est valable que si l'acte qui la constitue et l'inscription qui la conserve font connaître le montant de la créance hypothéquée. De là suit que l'hypothèque ne peut être opposée aux tiers que dans les limites de l'inscription prise en vertu de l'acte qui la constitue; on ne peut donc pas l'étendre, par voie de novation, à une dette plus considérable; elle ne vaudrait, en ce cas, que dans les limites de l'ancienne dette. Sur ce point, il n'y a aucun doute.

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 242, n° 309. Basnage, *Traité des hypothèques*, 1re partie, chap. XVII, d'après Dumoulin. Pothier, *Des obligations*, n° 599.

330. Toute hypothèque peut-elle être réservée? Le texte est général, il faut donc décider que l'hypothèque légale pourrait être réservée, bien que par le changement de créancier l'hypothèque n'ait plus de raison d'être, puisque la loi ne l'accorde qu'en vue des personnes incapables qui ne peuvent pas elles-mêmes stipuler de garantie. La loi admet aussi que les priviléges peuvent passer d'une créance à l'autre, bien que le privilége soit inhérent à la créance et indépendant de la stipulation des parties contractantes. C'est une dérogation aux principes que la doctrine ne saurait justifier; le législateur, peu soucieux des principes, n'a en vue que l'utilité pratique (1).

331. La réserve peut-elle se faire dans toute novation? Qu'elle puisse se faire dans la novation objective, cela n'est point douteux. Il y a cependant dans ce cas une véritable irrégularité. Une dette de 50,000 fr. est novée en une rente perpétuelle de 2,500 francs. Il y avait une hypothèque inscrite en 1870 pour la première dette; elle est réservée pour la dette nouvelle créée en 1874; l'hypothèque aura donc rang à partir de 1870, pour garantie d'une dette qui n'existe que depuis 1874, c'est-à-dire que l'hypothèque aura effet à partir d'un moment où la dette hypothéquée n'existait pas encore (2). Le législateur a de nouveau dérogé à la rigueur des principes dans un but d'utilité. D'ailleurs cette anomalie ne cause de préjudice à personne : qu'importe aux tiers qu'ils soient primés pour une dette de capital ou pour une dette de rente? Leur condition reste la même.

La réserve peut encore avoir lieu dans la novation qui s'opère par la substitution d'un nouveau créancier, le débiteur restant le même. Il n'y a que le nom du créancier qui soit changé, du reste les droits des tiers restent saufs. Qu'importe que le créancier ait une hypothèque à une date où il n'avait point de créance? C'est une difficulté de théorie dont le législateur ne s'embarrasse point.

Reste la novation par substitution d'un nouveau débiteur. On demande d'abord si les hypothèques qui etaient

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 428, n° 226 *bis* V.
(2) Comparez Duranton, t. XII, p 415, n° 304.

attachées à l'ancienne créance peuvent être réservées sur les biens du nouveau débiteur. L'article 1279 décide la question négativement. Cela est si évident qu'il était inutile de le dire. Les biens du nouveau débiteur ne peuvent être hypothéqués que conformément à la loi; il faut donc un acte et une inscription, et l'hypothèque n'a rang qu'à partir du jour où elle a été inscrite. Ces principes élémentaires s'opposent à ce qu'une hypothèque soit établie sur les biens d'un nouveau débiteur avec rétroactivité.

Autre est la question de savoir si le créancier peut stipuler que l'hypothèque établie sur les biens de l'ancien débiteur sera maintenue pour la garantie de la dette nouvelle sans le consentement de l'ancien débiteur. Qu'il le puisse avec son consentement, cela n'est pas douteux; les droits des tiers n'en sont pas altérés, puisque leur situation reste la même, que l'hypothèque existe pour la dette de l'ancien débiteur ou pour la dette du nouveau. La difficulté est de savoir s'il faut le consentement de l'ancien débiteur pour que ses biens restent hypothéqués au profit de la nouvelle dette. Il y a controverse et doute. Le code ne contient qu'une seule disposition sur la réserve de l'hypothèque, l'article 1278, et cet article ne distingue point entre les diverses espèces de novation : peut-on distinguer là où la loi ne distingue pas? Nous croyons que la distinction résulte de la tradition et qu'elle est implicitement consacrée par le code civil. Pothier partait du principe que ceux qui s'étaient obligés pour la dette ancienne n'étaient obligés pour la dette nouvelle qu'en vertu d'un nouveau consentement; il appliquait ce principe, non-seulement aux engagements personnels, mais aussi à l'hypothèque consentie par l'ancien débiteur, ce qui est logique. En effet, le débiteur avait consenti une hypothèque pour la dette par lui contractée; cette hypothèque est éteinte par la novation; pour qu'elle passe à une nouvelle dette, il faut un nouveau consentement. Le code consacre cette théorie en ce qui concerne les codébiteurs et les cautions (art. 1281); il la consacre encore en ce qui concerne l'hypothèque consentie par les codébiteurs solidaires (art. 1280), comme nous allons le

dire (n° 332); donc il faut l'admettre aussi pour la réserve de l'hypothèque établie sur les biens d'un débiteur non solidaire; sinon, il y aurait une inconséquence injustifiable dans la théorie de la loi (1).

On objecte les termes absolus de l'article 1278. Nous avons déjà répondu à l'objection, en remarquant que l'article 1278 n'a pas pour objet de décider les difficultés que nous discutons; il ne décide qu'une seule question, celle de savoir si la réserve de l'hypothèque peut être tacite, ou si elle doit être expresse. La question de savoir si la réserve est admise dans telle ou telle novation reste donc entière. Ce qui confirme notre opinion, c'est que les auteurs du code ont suivi, en cette matière, la doctrine de Pothier, l'orateur du gouvernement ayant déclaré que le code admettait la réserve de l'hypothèque qui avait toujours été admise. La tradition est donc décisive.

332. « Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette » (art. 1280). Cette disposition doit-elle être entendue à la lettre? Il en résulterait que l'hypothèque ne peut pas être réservée sur les biens des codébiteurs libérés par la novation, même de leur consentement. Ainsi entendue, la loi serait contraire au principe qu'elle-même suit en cette matière. Si l'hypothèque sur les biens d'un débiteur non solidaire peut être réservée avec le consentement de ce débiteur et quoiqu'il soit libéré par la novation, il y a raison identique de décider la même chose lorsqu'il s'agit d'un débiteur solidaire. Il est vrai que les termes de la loi paraissent exclure toute distinction, mais il ne faut pas isoler le texte de la tradition que les auteurs du code ont voulu maintenir. Or, Pothier dit formellement que l'hypothèque peut être réservée sur les biens des codébiteurs qui y consentent. Il faut leur consentement, c'est encore la théorie de Pothier, et ici il est certain que le

(1) Bugnet sur Pothier, t. II, p. 318, note 1. Mourlon, t. II, p. 743, n° 1416. En sens contraire, Toullier, t. IV, 1, p. 243, n° 312; Aubry et Rau, t. IV, p. 123, note 54; Colmet de Santerre, t. V, p. 426, n° 226 *bis* III et IV.

législateur l'a reproduite; ce qui confirme l'interprétation que nous avons donnée à l'article 1278 (1).

La loi ne prévoit pas le cas où la novation se ferait avec un tiers étranger à la dette. Tous les débiteurs solidaires seraient libérés et, par suite, l'hypothèque établie sur leurs biens serait éteinte; mais elle pourrait être réservée, de leur consentement, dans notre opinion, et sans leur consentement, dans l'opinion contraire (2).

SECTION III. — De la remise de la dette.

§ Ier. *Comment se fait la remise.*

333. La remise de la dette est une renonciation que le créancier fait à ses droits au profit du débiteur. Elle peut avoir lieu à titre onéreux ou à titre gratuit. D'ordinaire on entend par remise un abandon gratuit de la créance fait par le créancier. La renonciation à titre onéreux est rare, pour mieux dire, elle se confond avec d'autres faits juridiques. Si le créancier renonce aux droits que lui donne une obligation, moyennant une nouvelle obligation qui remplace la première, il y a novation. S'il reçoit immédiatement, en payement de ce qui lui est dû, une autre chose que celle qui fait l'objet de l'obligation, il y a dation en payement (3). Nous venons de traiter de la novation, la dation en payement équipolle à la vente; quant aux différences qui les distinguent, nous les exposerons au titre de la *Vente*. Nous considérons donc la remise comme un acte gratuit.

334. La première question qui se présente est de savoir si la remise gratuite est une donation. Il est certain que c'est une libéralité. Si Pierre me doit 1,000 francs, et si je lui fais remise de la dette, c'est comme si je recevais d'abord les 1,000 francs et que je les rende ensuite à

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 599. Aubry et Rau, t. IV, p. 224, note 58, § 324. Mourlon, t. II, p. 743, n° 1415. Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 431, n° 228 *bis* II.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 430, n° 228 *bis* I.

(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 433, n° 230 *bis* III.

titre de don au débiteur : la remise épargne des traditions inutiles.

Nous empruntons quelques exemples à la jurisprudence. Le crédirentier remet les arrérages à échoir pendant sa vie ; il donne au débirentier son titre de créance ; la renonciation aux arrérages avait de plus été constatée par un acte sous seing privé. La tradition du titre, dans ce cas, tenait lieu de la remise des espèces (1).

Un oncle cède gratuitement à son neveu ses établissements industriels et commerciaux, en faisant un acte sous seing privé où il déclare donner à son neveu la somme de 309,787 fr. qui lui reste due, sous condition de lui servir les intérêts jusqu'à sa mort, et sous cette autre condition que la donation serait nulle s'il survivait à son neveu. Le donataire fit la transcription de cette déclaration sur ses livres. Ces écritures furent passées sur l'indication et par la volonté du donateur (2). Elles tenaient lieu de la tradition.

335. La remise gratuite étant une libéralité, faut-il en conclure qu'elle est soumise aux règles que la loi établit pour les donations entre-vifs? Il faut distinguer. La remise gratuite n'est pas assujettie aux formes des donations ; cela résulte des articles 1282 et 1283. La loi admet que la remise peut être tacite, ce qui exclut toute solennité. Pourquoi le code dispense-t-il la remise de l'observation des formalités qu'il prescrit pour l'existence des donations entre-vifs? Toullier répond que la remise a toujours été tellement favorisée, que, quoiqu'elle soit une véritable donation, on n'a jamais exigé aucune espèce de forme pour sa validité (3). On ne nous dit pas quelle est la raison de cette faveur. La loi favorise, il est vrai, la libération du débiteur, mais c'est la libération par le payement qui est favorable ; la libération gratuite étant une libéralité, on ne voit pas pourquoi la loi la favoriserait alors qu'elle voit les donations avec une véritable défaveur ; et une donation indirecte faite sous forme de remise

(1) Orléans, 21 février 1852 (Dalloz, 1853, 2, 63).
(2) Cassation, 2 avril 1862 (Dalloz, 1863, 1, 454).
(3) Toullier, t IV, 1, p. 257, n° 323.

ne mérite pas plus de faveur qu'une donation devant notaire. Peut-être la raison est-elle que la remise équivaut à un don manuel, la tradition étant fictive; et les dons manuels ont toujours été affranchis de toute solennité. Il n'y avait pas plus de raison d'exiger un acte authentique pour la remise d'une dette de 1,000 francs, que pour la donation d'une somme pareille qui se fait de la main à la main.

Reste à savoir comment la remise sera prouvée. Puisque la remise n'est pas un acte solennel, elle reste par cela même sous l'empire du droit commun en ce qui concerne la preuve. Dans les exemples que nous avons cités, il y avait des écrits et, de plus, tradition des titres. Cela n'est point nécessaire, et cela a même donné lieu à difficulté. On a attaqué la libéralité comme étant nulle en la forme; ces prétentions n'ont pas été admises, et avec raison. Dès que la remise est un acte non solennel, l'écrit ne sert qu'à la preuve; peu importe que le créancier ait déclaré donner, il donne toujours quand il remet la dette, mais la remise n'est pas pour cela une donation entre-vifs quant à la forme. Elle peut donc se prouver par un acte sous seing privé, ou par témoins et présomptions, s'il y a un commencement de preuve par écrit (1).

Il y a des cas où le fait de la remise est douteux. Un militaire, au moment de partir pour l'armée de Waterloo, charge un ami, au cas où il viendrait à périr, de remettre à son frère ses titres et une quittance de 18,000 francs. Il est tué. La remise était-elle valable? Il y avait une difficulté très-sérieuse concernant l'acceptation de la libéralité; nous y reviendrons. On attaqua encore la remise comme étant subordonnée à la condition du décès; ce qui la rendait révocable et partant nulle. Il a été jugé que la remise était valable, et la cour de cassation prononça un arrêt de rejet, par le motif que la remise n'est assujettie à aucune forme, qu'elle peut donc être simple ou conditionnelle, directe ou par intermédiaire (2). La décision

(1) Rejet, 2 janvier 1843 (Dalloz, n° 2555). Comparez Liége, 12 décembre 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 357).
(2) Rejet, 2 avril 1823 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1649). Comparez Duranton, t. XII, p. 458, n° 357, et t. VIII, n° 395.

nous laisse quelque doute. On attaquait la libéralité comme nulle au fond tout ensemble et dans la forme. Etait-ce une donation? Non, car il n'y avait pas d'acceptation, et elle n'était pas irrévocable. On peut, il est vrai, faire une donation conditionnelle, mais la donation conditionnelle doit aussi être acceptée, et la condition ne doit pas être de telle nature que la donation devienne révocable.

336. Ce que nous venons de dire suppose que la remise est assujettie à toutes les règles qui régissent les donations, à l'exception de celles qui concernent les formes. Cela n'est pas douteux. Toute libéralité est une donation dès qu'elle fait sortir un bien du patrimoine de celui qui la fait; la remise doit donc être soumise aux principes généraux des donations en tant que la loi n'y déroge point. Ainsi il faut être capable de disposer à titre gratuit pour faire une libéralité sous forme de remise; il faut être capable de recevoir pour recevoir une libéralité sous cette forme. La remise est en principe irrévocable, sauf dans les cas où la loi admet la révocation des donations. Ici il y a quelque contradiction dans la doctrine du code; il favorise la remise de la dette en la dispensant de toutes formes et, d'un autre côté, il maintient le principe rigoureux, et à certains égards exceptionnel, de l'irrévocabilité. Enfin, la remise est sujette à rapport et à réduction comme toute libéralité indirecte (1).

Cette doctrine est de tradition. Pothier enseigne que la remise est une donation; il en conclut que, pour être valable, le débiteur à qui elle est faite ne doit pas être une personne à qui les lois défendent de donner. Ainsi, dit-il, un malade ne pourrait pas faire une remise à son médecin pendant la maladie dont il meurt (2).

Il résulte de là qu'il y a une grande différence entre la remise et le payement. Ceux qui ont qualité de recevoir un payement n'ont pas pour cela qualité de faire remise. Tels sont les administrateurs légaux, le tuteur; le père,

(1) Duranton, t. XII, p. 450 et suiv., nos 341-355.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 622.

le mari ne peuvent pas disposer à titre gratuit des biens de ceux dont ils gèrent le patrimoine, donc ils ne peuvent pas faire de remise. Il a été jugé que le mandat de recevoir le remboursement d'une créance ne confère pas au mandataire le pouvoir de faire remise au débiteur d'une partie de cette créance. En résulte-t-il, comme on le prétendait, que le remboursement est nul pour le tout? La cour de cassation a décidé, et avec raison, que les pouvoirs donnés au mandataire étant généraux, il pouvait recevoir un payement partiel, sauf au mandant à réclamer le payement de ce qui lui restait dû (1).

337. La remise exige-t-elle le concours de consentement du débiteur? Quand elle se fait à titre onéreux, l'affirmative n'est pas douteuse; la novation et la dation en payement sont des conventions qui exigent le consentement du créancier et du débiteur. Il en est de même de la remise qui se fait à titre gratuit, car la donation est aussi un contrat. De là suit que la remise faite par le créancier seul n'est qu'une simple offre; il peut la révoquer, tant que le débiteur ne l'a pas acceptée. Le code consacre l'application de ces principes, en ce qui concerne la remise de la solidarité. Le créancier fait remise de la solidarité quand il demande à l'un des débiteurs solidaires sa part dans la dette; mais la demande seule ne suffit point, ce n'est qu'une offre; pour qu'il y ait remise, il faut que le débiteur acquiesce ou qu'il intervienne un jugement de condamnation, c'est-à-dire qu'il y ait contrat judiciaire (2).

C'est l'opinion générale des auteurs modernes. Dans l'ancien droit, la question était controversée. Barbeyrac soutenait que le créancier pouvait disposer de sa créance, comme un propriétaire de sa chose, sans le consentement de personne. La réponse de Pothier est un peu embarrassée. Il combat la doctrine de Barbeyrac au point de vue pratique, tout en reconnaissant qu'un créancier qui aurait une volonté absolue d'abdiquer sa créance pourrait, par

(1) Rejet, 24 juin 1867 (Dalloz, 1868, 1, 29).
(2) Duranton, t. XII, p. 458, n° 357. Colmet, de Santerre, t. V, p. 432, n° 230 *bis* I.

sa seule volonté, l'éteindre (1). Nous ne le croyons pas. Il y a une difficulté de théorie. Le propriétaire peut abdiquer, par sa seule volonté, un droit de propriété, un droit réel; pourquoi ne peut-il pas abdiquer un droit de créance? Nous avons répondu ailleurs à l'objection. La propriété et les démembrements de la propriété créent un lien direct entre le propriétaire et sa chose; le propriétaire est libre de rompre ce lien, il n'a besoin du consentement de personne, parce que personne n'est intéressé à l'abandon qu'il fait. Il en est autrement du créancier; sa créance dérive d'une obligation, l'obligation se forme par le consentement des parties contractantes; il n'appartient pas à l'une des parties intéressées de rompre ce lien; les conventions, dit l'article 1134, ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel de ceux qui les ont faites ou pour les causes que la loi autorise. Dira-t-on qu'il dépend du créancier de jeter son titre ou de le détruire, comme le propriétaire peut jeter sa chose ou la détruire? L'objection n'est pas sérieuse. Le droit du créancier ne consiste pas dans l'écrit qu'il détient et qu'il peut lacérer ou jeter; il consiste dans un lien juridique que le concours de consentement a formé et que le consentement mutuel seul peut dissoudre (2).

388. La remise doit donc être acceptée par le débiteur. Il ne faut pas entendre par acceptation le mode solennel d'accepter que le code prescrit pour les donations (art. 932); l'acceptation expresse tient à la solennité des donations et la remise de la dette n'est pas un acte solennel. L'acceptation est un simple consentement, dont la manifestation est régie par le droit commun. C'est aussi d'après le droit commun qu'il faut décider la question de savoir si l'acceptation du débiteur doit être connue du créancier pour que la convention se forme. Nous avons dit ailleurs que la question est controversée; dans notre opinion, le concours de volontés n'existe que lorsque l'acceptation est connue de celui qui a fait l'offre; dans

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 614. Toullier, t. IV, 1, p. 255, n° 321.
(2) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 90, n° 72.

l'opinion contraire, le fait seul de l'acceptation suffit (1).

La jurisprudence admet trop facilement l'acceptation du débiteur. On lit dans un arrêt de la cour de Limoges, confirmé par la cour de cassation, que la question de savoir si la remise, pour être valable, doit être suivie d'acceptation, est susceptible de controverse. Non, il n'y a pas de controverse possible sur un point qui est d'évidence ; c'est comme si l'on controversait la nécessité du consentement de l'acheteur ou du vendeur. La cour de Limoges ajoute qu'en tout cas l'acceptation peut être tacite, comme aussi on peut la présumer et l'induire des circonstances. Nous répondons que l'acceptation ne se présume jamais, car ce serait présumer le consentement. Le consentement peut être tacite, sans doute. Mais l'était-il dans l'espèce? Le créancier, frère du débiteur, avait remis son titre à un ami en partant pour l'armée de Waterloo ; le débiteur prétendait qu'il avait répondu sur-le-champ qu'il acceptait la remise. Mais c'était là une simple affirmation, et affirmer n'est pas prouver. Le consentement était bien un consentement présumé, c'est-à-dire nul (2).

339. La remise peut être tacite. C'est le droit commun pour les contrats non solennels. Le code prévoit deux cas de remise tacite, pour mieux dire deux présomptions de libération, car les articles 1282 et 1283 ne concernent pas exclusivement la remise gratuite de la dette ; ils établissent une présomption de libération, résultant de ce que le créancier remet au débiteur l'acte qui constate sa créance. La présomption prouve-t-elle qu'il y a payement? prouve-t-elle qu'il y a libéralité? La question est controversée. Nous allons l'examiner en expliquant ces deux articles qui ont donné lieu à plus d'une difficulté. Il convient d'en traiter à part, parce qu'ils n'ont pas pour objet unique la remise gratuite de la dette ; dans l'opinion commune, ils établissent plutôt une présomption

(1) Mourlon, t. II, p. 746, nº 1424. Colmet de Santerre, t. V, p. 434, nº 230 *bis* IV. Comparez le tome XV de mes *Principes*, p. 550, nº 479.

(2) Limoges, 9 août 1821, et Rejet, 2 avril 1823 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 1649). Comparez Paris, 1er mars 1826 (Dalloz, *ibid.*, nº 1646, 2º).

de payement qu'une présomption de libéralité. Ainsi, chose singulière, la section de la remise de la dette s'ouvre par deux dispositions qui sont, en fait du moins, étrangères à la remise qui se fait de la dette à titre gratuit.

§ II. *Des présomptions de libération établies par les articles* 1282 *et* 1283.

N° 1. CAS DANS LESQUELS LA LOI PRÉSUME LA LIBÉRATION.

340. Les articles 1282 et 1283 sont conçus comme suit :

« La *remise* volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération. »

« La *remise* volontaire de la grosse du titre fait présumer la *remise* de la dette ou le payement, sans préjudice de la preuve contraire. »

Le mot *remise* dans ces articles signifie tantôt la tradition du titre faite par le créancier au débiteur, tantôt la libération du débiteur consentie à titre gratuit par le créancier et acceptée par le débiteur. Il est fâcheux que la langue française n'ait pas un autre mot qui exprime l'idée de tradition ; pour éviter l'amphibologie, l'on a proposé l'expression de *restitution ;* mais *restituer* n'est pas synonyme de *remettre.* Il vaut encore mieux employer le mot de *tradition,* quoiqu'il ne rende pas tout à fait l'idée attachée à la remise de l'écrit sous seing privé ou de la grosse ; car, en droit français, la tradition implique l'exécution de l'obligation qui incombe au débiteur de délivrer la chose ; et, dans l'espèce, ce n'est pas le débiteur qui délivre, c'est le créancier.

Pourquoi la loi attache-t-elle une présomption de libération à la tradition que le créancier fait de son titre au débiteur? L'écrit constitue la preuve du droit que le créancier a contre le débiteur ; se dépouiller de cette preuve en remettant l'acte à celui-là même contre lequel l'acte est destiné à établir une obligation, c'est témoigner

la volonté de ne pas faire valoir son droit, soit que le droit n'existe plus, si le débiteur a payé, soit que le créancier en fasse la remise gratuite au débiteur. Il y a donc grande probabilité que le débiteur est libéré ou par le payement qu'il a fait ou par la libéralité qu'il a reçue. C'est sur cette probabilité que la loi établit la présomption de libération. S'il y a eu payement, la présomption de libération se justifie parfaitement, car l'usage est que le créancier remette au débiteur le titre qui constate la dette éteinte, cela dispense les parties de dresser acte du payement. La présomption de libération se justifie encore quand le créancier entend faire une libéralité à son débiteur; la tradition du titre remplace, en ce cas, la tradition de la chose donnée, tradition qui est nécessaire quand la donation n'est pas faite par acte notarié. La force probante de la présomption de libération diffère, du reste, selon qu'il s'agit du titre sous seing privé ou d'un titre authentique. Nous reviendrons plus loin sur ce point.

341. Quelles sont les conditions requises pour que la présomption de libération existe? L'article 1282 les détermine d'une manière précise. Il faut 1° remise du titre; 2° cette remise doit être volontaire; 3° il faut que la remise soit faite par le créancier; 4° que le créancier remette le titre au débiteur. L'article 1283 est moins explicite, il parle seulement de la *remise volontaire* de la grosse, sans ajouter *par le créancier au débiteur*. Est-ce à dire que la remise de la grosse ferait preuve de la libération, quand même elle ne serait pas faite par le créancier au débiteur? Cela n'aurait pas de sens, car c'est la remise par le créancier au débiteur qui rend probable la libération du débiteur, comme nous venons de le dire : faite par un autre que le créancier à un autre que le débiteur, la présomption n'aurait plus de fondement, elle n'aurait plus de raison d'être. Si les mots *par le créancier au débiteur* ne sont pas répétés dans l'article 1283, c'est parce que les auteurs du code n'aiment pas les répétitions; cette préoccupation de style est déplacée quand elle fait naître des doutes; alors il faut dire avec Talleyrand que les

choses qui vont sans dire vont encore mieux en les disant. Dans l'article 1283, la rédaction, quoique défectueuse, ne laisse aucun doute (1). La jurisprudence est en ce sens, comme nous allons le dire.

342. Il faut d'abord remise du titre original sous seing privé ou de la grosse du titre authentique. Quand il s'agit d'un acte sous seing privé, la loi exige la remise de l'*original*, c'est-à-dire de l'écrit dressé par les parties; c'est cet écrit qui forme la minute, il n'y en a pas d'autre. Lorsque les parties font dresser un acte authentique, la minute est l'original; elle reste entre les mains du notaire à qui il est défendu de s'en dessaisir, sauf dans les cas prévus par la loi; les parties reçoivent une expédition de la minute revêtue de la formule exécutoire, c'est ce qu'on appelle la grosse, elle tient lieu de la minute. Il y a des cas où la créance est constatée par un jugement; la minute reste déposée au greffe, les parties ne reçoivent qu'une expédition sous forme de grosse; il faut donc appliquer aux jugements ce que la loi dit de la grosse en général; la doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (2).

Il y a des actes authentiques qui sont délivrés au créancier en minute ou en brevet, comme on dit; la remise que le créancier en fait au débiteur tombe-t-elle sous l'application de l'article 1282? Pothier les place sur la même ligne que le titre original sous signature privée et telle est aussi l'opinion des auteurs modernes. Cela n'est pas douteux. Vainement s'attacherait-on à la lettre de la loi en invoquant le principe que les présomptions légales sont de la plus stricte interprétation. L'interprétation est stricte, oui; mais il y a toujours lieu à interprétation. Or, quand la loi parle du titre original sous seing privé et qu'elle attache à la remise de ce titre une présomption de libération, c'est parce que le créancier se dépouille en faveur du débiteur de l'unique preuve litté-

(1) Larombière, t. III, p. 583, n° 5 de l'article 1283 (Ed. B., t. II, p. 384).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 206 et note 29, § 323. Arrêt de la cour de cassation de Hesse-Darmstadt du 21 juillet 1858 (*Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 689).



rale qu'il a contre lui. Qu'importe que cette preuve unique résulte d'un brevet ou d'un écrit sous seing privé? Le résultat est le même et, par conséquent, la pensée du créancier doit être la même. Le cas est donc identique (1).

L'article 1283 exige la remise de la *grosse* pour qu'il y ait présomption de libération. Peut-on étendre cette disposition au cas où le créancier remettrait au débiteur une expédition simple, c'est-à-dire non revêtue du mandement d'exécution? Non, ici il y aurait interprétation extensive, ce qui n'est pas permis en fait de présomptions légales. Il y a, en effet, une raison de différence entre la grosse et une simple expédition; le créancier ne peut se procurer une autre grosse qu'avec le consentement du débiteur et avec l'intervention du juge; tandis que le notaire peut délivrer au créancier autant d'expéditions qu'il lui en demande; la remise d'une expédition simple ne pouvait donc engendrer aucune probabilité ni, par conséquent, aucune présomption de remise (2).

343. Les articles 1282 et 1283 exigent que la remise soit *volontaire*. Maleville et après lui Toullier disent que le mot *volontaire* est un pléonasme; le seul mot de remise, d'après eux, annonce essentiellement la volonté de mettre le titre en la possession du débiteur (3). Sans doute, mais ce n'est pas sur le simple fait de la mise en possession que la présomption de libération est fondée, c'est sur la volonté de libérer le débiteur, et c'est cette intention que la loi exige en ajoutant le mot *volontaire*. Nous trouvons ce mot dans d'autres dispositions et avec une signification analogue. Aux termes de l'article 1235, le débiteur ne peut pas répéter ce qu'il a *volontairement* payé en acquit d'une dette naturelle : *volontairement*, c'est-à-dire avec l'intention de payer une dette naturelle. D'après l'article 1338, la confirmation tacite résulte de l'exécution *volontaire* de l'obligation, c'est-à-dire de l'exé-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 608. Larombière, t. III, p. 569, n° 7 de l'article 1282 (Ed. B., t. II, p. 338).
(2) Duranton, t. XII, p. 469, n° 366, et tous les auteurs.
(3) Toullier, t. IV, 1, p. 260, n° 327.

cution qui implique l'intention de réparer le vice dont elle est entachée. Cette interprétation de la loi est aussi fondée en raison : le créancier peut très-bien remettre le titre au débiteur sans avoir la volonté de se dépouiller de la preuve; il en serait ainsi si la remise était faite à titre de dépôt, de mandat. Le créancier charge le débiteur de gérer ses affaires; il lui remet tous ses papiers, y compris le titre qui constate sa créance contre le débiteur : y aura-t-il présomption de libération? Non, certes. Il y a cependant mise en possession, mais la remise n'est pas volontaire dans le sens de la loi (1).

344. La remise doit être faite par le créancier. Si elle est faite par un tiers sans mandat du créancier, il ne peut être question d'une présomption de libération; cela est de toute évidence quand le créancier veut faire une libéralité; c'est lui, ou un tiers par son ordre, qui devra remettre le titre au débiteur, puisque c'est cette tradition du donateur qui, dans l'espèce, constitue la donation. Si l'on prétend que la remise a eu lieu à la suite d'un payement, il faut encore que le créancier, ou un tiers sur ses ordres, ait remis le titre pour qu'on puisse en induire une probabilité de payement (1).

Les tribunaux ont parfois appliqué les présomptions des articles 1282 et 1283 à des cas où il n'était pas question d'une présomption de libération, mais d'un payement réel fait à celui qui n'avait pas pouvoir de recevoir. C'est alors la validité du payement qui est contestée, et il va sans dire qu'un payement reçu par celui qui n'avait pas qualité de recevoir ne peut être validé par la remise du titre, lorsque cette remise est faite par un autre que par le créancier et sans mandat de celui-ci. Le payement est fait à un notaire lequel délivre au débiteur la grosse du titre : le débiteur peut-il invoquer la présomption de l'art. 1283? Non, car ce n'est pas le créancier qui lui a remis son titre, c'est un tiers qui n'avait aucune qualité ni de recevoir ni de remettre la grosse. En réalité, il ne s'agit pas

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 435, n° 231 *bis* III. Rejet, 28 août 1844 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2582, 1°).
(2) Larombière, t. III, p. 569, n° 8 de l'article 1282 (Ed. B., t. II, p. 338).

de prouver la libération par une présomption; il y a un payement, mais un payement irrégulier fait à celui qui n'avait pas pouvoir de recevoir au nom du créancier. Ce payement est nul et la nullité ne peut certes pas se couvrir par une présomption qui ne reçoit pas d'application à l'espèce (1).

Un avoué est chargé d'obtenir un jugement de condamnation ou un bordereau de collocation; a-t-il mandat de recevoir la somme adjugée ou allouée? Non. Il reçoit néanmoins, donne quittance au débiteur et lui remet la grosse du jugement ou le bordereau. Le débiteur invoque l'article 1283. La cour de cassation a jugé que l'article 1283 est inapplicable à une espèce où la remise du titre n'a pas été faite par le créancier. Il s'agissait encore une fois, non d'une présomption de libération, mais d'un payement irrégulier; le créancier pouvait demander un nouveau payement, sauf au débiteur à prouver que le payement avait été ratifié par le créancier ou qu'il avait tourné à son profit (2).

Un père paye la dette de son fils et lui remet le titre. On demande le rapport de ce que le père a payé pour l'un de ses héritiers. Celui-ci peut-il opposer l'article 1282 et dire que la remise du titre prouve la libération? La cour de cassation a décidé, et la chose est évidente, que l'article 1283 était hors de cause; le titre n'avait pas été remis par le créancier au débiteur, donc l'article 1282 était inapplicable. C'était le cas prévu par l'article 851, aux termes duquel le rapport est dû de ce qui a été employé pour le payement des dettes d'un héritier (3).

345. Enfin le titre doit être remis au débiteur. S'il a été remis à un tiers n'ayant aucun mandat du débiteur, la présomption de libération n'est pas applicable. Vainement dirait-on que le créancier se dépouille néanmoins de la preuve littérale qu'il avait contre son débiteur; la loi ne se contente pas de ce fait pour en induire une présomption de libération; puisqu'il s'agit de savoir si le

(1) Douai, 29 novembre 1849 (Dalloz, 1852, 2, 161).
(2) Cassation, 23 juillet 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1709).
(3) Rejet, 24 novembre 1858 (Dalloz, 1859, 1, 133).



débiteur est libéré, il faut que le fait ait un rapport avec le débiteur et que le fait manifeste la volonté de le libérer. Donc la remise du titre à un autre que le débiteur ne pouvait emporter aucune présomption de libération. Une maison de banque est débitrice; il se trouve que l'un des associés est détenteur du titre et que c'est à lui que la remise en avait été faite; s'il n'a pas agi comme mandataire de la société, la remise du titre sera inopérante; car les parties ne se trouvent pas dans le texte de la loi, et en dehors du texte, il ne saurait y avoir de présomption légale (1).

346. Les articles 1282 et 1283 parlent de la remise faite par un créancier à son débiteur. Cela implique un contrat unilatéral, un débiteur et un créancier. La loi ne reçoit pas d'application à une convention bilatérale. D'abord le texte est inapplicable. L'article 1282 suppose qu'il y a un titre unique sous seing privé; dans une convention bilatérale, il y a deux créanciers et chacun a son titre; il y a deux dettes corrélatives, dont l'une est la condition de l'autre. Dans cette situation, l'on ne comprend pas l'application de l'article 1282, chacune des parties devrait remettre son double à l'autre, et si, comme c'est l'usage, chacun des doubles était signé par les deux parties contractantes, à quoi servirait cette remise réciproque? Il y a plus. Les contrats synallagmatiques ne peuvent pas s'éteindre par une présomption de libération. Dès l'instant où la vente est parfaite, la propriété de la chose vendue, si c'est un corps certain, est transmise à l'acheteur. Tout est consommé. Le vendeur peut sans doute faire remise à titre gratuit du prix auquel il a droit; mais la propriété n'en sera pas moins transférée à l'acheteur; et si, dans l'intention des parties, la remise du prix doit avoir pour conséquence la restitution de la chose, c'est-à-dire la renonciation de chacune des parties à la vente, cette volonté ne pourra recevoir son exécution que par un nouveau contrat qui opérera une nouvelle translation de propriété. La cour de Liége a donc bien

(1) Rejet, 1er février 1842 (Sirey, 1842, 1, 203).

jugé en décidant que les articles 1282 et 1283 ne concernent que des conventions unilatérales qui présentent, d'un côté, un créancier et, de l'autre, un débiteur; ils sont étrangers à la remise d'un titre constatant une convention bilatérale; la remise de la grosse ou des doubles sous seing privé n'aurait point pour effet la libération des deux parties; elles sont, sans doute, libres de renoncer à leur convention, mais cela ne peut pas se faire par une simple restitution de titres, il faut une convention nouvelle (1).

347. Il est de jurisprudence que la présomption de libération résultant de la remise volontaire de la grosse du titre s'applique au notaire qui remet à son client la grosse de l'acte dont les frais lui sont dus: ces frais sont réputés avoir été payés au notaire par l'effet de cette remise. La cour de cassation dit que l'acte à raison duquel les frais sont dus en constitue le titre, dans le sens de l'article 1283 (2). Cela nous paraît douteux : n'est-ce pas étendre la présomption légale de libération à un cas pour lequel elle n'a pas été établie? Quand la loi attache une présomption de libération à la remise du titre que le créancier fait à son débiteur, elle entend un titre qui a été dressé pour servir de preuve au créancier contre le débiteur; or, il est bien certain que la grosse de l'acte reçu par le notaire n'a pas pour objet de servir de preuve à l'officier public; que des honoraires lui sont dus; l'acte est dressé, non dans l'intérêt du notaire, mais dans l'intérêt des parties contractantes. On n'est donc pas dans le texte de la loi : la grosse prouve seulement qu'un acte a été fait et que des honoraires sont dus, mais la remise de la grosse n'est pas une présomption de libération en faveur du client. La cour de cassation n'a-t-elle pas confondu les présomptions de l'homme avec les présomptions légales? Il peut y avoir des présomptions résultant des faits et des circonstances en faveur du client, il peut invoquer ces

(1) Liége, 13 décembre 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 265). Duranton, t. XII, p. 467, n° 338.

(2) Rejet, 26 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 1, 160); Rejet, chambre civile, 6 février 1860 (Dalloz, 1860, 1, 253). Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 210, note 44, § 323.



présomptions dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, mais il ne peut pas se prévaloir d'une présomption légale qui n'a pas été écrite pour lui.

348. Y a-t-il d'autres présomptions de libération? Les présomptions légales sont de la plus stricte interprétation. Ce principe résulte de la définition même que le code donne de la présomption légale : c'est celle, dit l'article 1350, qui est attachée par une loi *spéciale* à *certains actes* ou à *certains faits*. Tels sont les cas dans lesquels la loi fait résulter la libération de certaines circonstances déterminées. Les articles 1282 et 1283 déterminent ces circonstances : cela est décisif. Le débiteur n'en peut invoquer d'autres. Le code lui-même applique ce principe en disant que « la remise de la chose donnée en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette » (art. 1286). Rendre le gage, c'est renoncer à une sûreté; or, la renonciation à une garantie accessoire n'emporte pas la renonciation à la créance principale. Du moins la loi ne pouvait pas présumer cette renonciation, car la renonciation ne se présume pas. Il se peut cependant que la remise du gage se fasse lors du payement; mais par elle seule, dit l'article 1286, elle ne suffit point pour faire présumer la libération du débiteur, bien moins encore la remise gratuite de la dette. Mais le juge pourra prendre ce fait en considération dans le cas où il peut décider la question par des présomptions tirées des circonstances de la cause (1).

349. Il a été jugé que la destruction du titre par le créancier est une preuve de libération pour le débiteur. La cour de Lyon ne dit pas que c'est une présomption de libération, elle ne décide pas même en termes absolus que c'est toujours une preuve de libération. L'arrêt est une décision de fait. Une fille devait 4,000 francs à son père; celui-ci, quelques jours avant sa mort, détruisit le titre qui constatait la créance. La destruction du billet, dit la cour, faite volontairement par le créancier, surtout

(1) Duranton, t. XII, p. 470, n° 365. Larombière, t. III, p. 609, n° 1 de l'article 1286 (Ed. B., t. II, p. 353). Colmet de Santerre, t. IV, p. 439, n° 232 *bis* IV.

lorsqu'un de ses enfants en est débiteur, est un acte réel de libération pour ce dernier. Même ainsi limitée, la décision soulève une difficulté sérieuse. L'arrêt voit dans le fait du père un avantage indirect qu'il a voulu faire à sa fille, et il l'impute sur la quotité disponible (1). C'est donc une donation, partant un contrat; et toute convention n'exige-t-elle pas le consentement des parties contractantes? Or, dans l'espèce, le père a bien voulu donner, mais la fille n'a pas consenti à recevoir; et après la mort du donateur, le donataire peut-il encore accepter la libéralité, alors que le concours de volontés devient impossible? Ainsi la destruction du titre ne vaut pas donation; on ne peut pas non plus la considérer comme une preuve de libération par le payement de la dette. Dans l'espèce, le payement n'était pas même allégué; et s'il l'était, la destruction du titre ne serait pas une preuve suffisante, ce ne serait, après tout, qu'une présomption de l'homme, que le juge ne pourrait admettre que dans les cas où la preuve testimoniale est admissible.

N° 2. OBJET DE LA PRÉSOMPTION.

350. L'article 1282 dit que la remise du titre original sous seing privé par le créancier au débiteur fait preuve de la *libération*. Que faut-il entendre par *libération?* Est-ce la libération par l'effet d'une libéralité présumée? ou la loi présume-t-elle que le débiteur est libéré par le payement? On ne le sait; l'article 1282 ne s'explique pas sur ce point. L'article 1283 paraît plus explicite; il porte que la remise de la grosse du titre fait présumer la *remise de la dette* ou *le payement*. Comme l'expression *remise de la dette* est opposée au mot *payement*, elle doit signifier la remise gratuite; tel est d'ailleurs le sens ordinaire du mot *remise*. Que dit donc l'article 1283? Que la tradition de la grosse fait présumer, soit la remise gratuite de la dette, soit le payement. C'est dire d'une manière explicite ce que l'article 1283 dit implicitement; car la *libération*

(1) Lyon, 14 février 1848 (Dalloz, 1850, 2, 194).

dont parle cet article s'entend de la libération gratuite et de la libération onéreuse. Quelle est, en définitive, la libération qui est présumée dans les articles 1282 et 1283? est-ce le payement? est-ce la remise gratuite?

On comprend l'intérêt de la question. La remise gratuite est une libéralité; or, les donations sont régies par de tout autres principes que le payement. Il y a des créanciers qui peuvent recevoir un payement et qui ne peuvent pas faire remise de la dette : telle est la femme mariée sous le régime de séparation de biens. Elle remet le titre de sa créance au débiteur : que devra-t-on présumer? Si l'on présume le payement, le débiteur sera valablement libéré. Si l'on présume la remise, la libération sera nulle, la femme, quoique séparée de biens, n'ayant pas le droit de faire une libéralité. En supposant même que la libération est valable, soit comme payement, soit comme libéralité, il importe encore de savoir à quel titre elle a été faite : est-ce à titre gratuit, la libéralité sera rapportable, réductible, révocable pour ingratitude ou survenance d'enfant, tandis que tous ces effets sont étrangers au payement. Par contre, s'il y a payement, le débiteur aura un recours contre ses codébiteurs, recours qu'il n'aura pas s'il a reçu une libéralité.

351. A notre avis, la loi ne présume ni le payement, ni la remise gratuite; elle présume la libération, comme le dit l'article 1282, c'est-à-dire que si le créancier agit contre le débiteur, celui-ci repoussera la demande par une fin de non-recevoir, en invoquant la présomption de libération. Quant à la question de savoir à quel titre il est libéré, elle n'est pas décidée par la loi, donc elle reste sous l'empire du droit commun. C'est à celui qui soutiendra qu'il y a payement à le prouver d'après les règles qui régissent la preuve. De même celui qui prétend que le créancier a fait une libéralité à son débiteur en devra également administrer la preuve. Peuvent-ils se prévaloir d'une présomption, ou peut-on leur opposer une présomption? Il n'y a pas de présomption légale sans loi; et où est la loi qui présume soit le payement, soit la libéralité? L'article 1282 parle de la libération en termes gé-

néraux; tout ce qui en résulte, c'est que le débiteur peut opposer au créancier une présomption de libération. L'article 1283 dit que la remise de la grosse fait présumer soit le payement, soit une libéralité, mais il ne dit pas si c'est le payement que la loi présume ou si c'est la libéralité. Puisqu'il n'y a pas de présomption, on appliquera les principes généraux qui régissent la preuve.

352. Les auteurs sont divisés. La plupart disent que l'on doit présumer le payement. Il y a doute, dit-on, sur le sens de la remise et sur le sens que la loi y attache; or, dans le doute, il faut interpréter la loi et la convention en faveur du débiteur. Et l'intérêt du débiteur est que l'on présume le payement plutôt que la libéralité; car la libéralité pourrait être attaquée, tandis que le payement ne peut pas l'être par ceux qui ont capacité de recevoir; et le payement lui assurera un recours qu'il n'aurait pas en cas de libéralité. Telle est d'ailleurs la réalité des choses. Quand est-ce que le créancier remet son titre au débiteur? Lorsqu'il reçoit le payement de ce qui lui est dû; la donation est une rare exception (1). Nous opposons à cette opinion un argument qui est décisif, c'est le texte; si le législateur avait entendu établir une présomption de payement, il l'aurait dit; tout étant de rigueur en matière de présomptions, il faut s'en tenir à la loi; or, la loi ne dit pas que la remise du titre original sous seing privé fait preuve du payement, elle dit que cette remise fait preuve de la *libération*. Ce terme général comprend les deux modes de libération, le payement et la remise; donc on ne peut pas dire que la loi présume l'un plutôt que l'autre. L'article 1283 est également contraire à l'opinion que nous combattons : la tradition de la grosse fait présumer la remise *ou* le payement, donc le payement n'est pas présumé d'une manière absolue.

353. D'autres auteurs enseignent que l'alternative établie par l'article 1283 donne le choix à celui qui invoque la présomption : il peut soutenir, suivant son intérêt, que

(1) Colmet de Santerre, t. IV, p. 437, n° 231 *bis* IV. Duranton, t. XII, p. 467, n° 364) se prononce pour cette opinion, mais avec hésitation. Comparez Marcadé, t. IV, p. 604, n° IV de l'article 1285



c'est le payement qui est présumé ou que c'est la remise (1). Sans doute il peut le soutenir, mais en prouvant son allégation, car la loi ne présume pas que le débiteur est libéré par le payement, et elle ne présume pas qu'il est libéré par une remise gratuite; et on ne conçoit pas une présomption abandonnée au choix de celui qui l'invoque, ce ne serait plus une présomption légale, ce serait une présomption de l'homme qui aurait la force d'une présomption légale, ce qui est contradictoire. D'ailleurs la loi n'établit pas une alternative avec choix pour celui qui se prévaut de la présomption; elle dit seulement que la remise de la grosse peut signifier deux choses, ou un payement ou une libéralité, et précisément parce que la signification est complexe et partant douteuse, la loi ne pouvait présumer ni un payement ni une libéralité.

On cite comme exemple le cas où l'un des créanciers solidaires aurait remis au débiteur le titre de la créance. Il ne peut pas faire de remise gratuite (art. 1198), mais il peut recevoir le payement de la créance solidaire; le débiteur à qui l'un des créanciers a remis le titre pourrait invoquer la présomption de libération, en ce sens qu'il est présumé avoir payé et que, par suite, la dette est éteinte à l'égard des autres créanciers. L'exemple prouve contre la doctrine, parce qu'il en prouve le danger. Un créancier solidaire insolvable remet au débiteur l'écrit sous seing privé qui constate la créance. Ce débiteur sera censé libéré par le payement. Les cocréanciers auront, à la vérité, un recours contre celui qui a fait cette remise, mais ce recours sera inefficace. Dans notre opinion, il n'y a aucune présomption, le débiteur qui prétendra être libéré par un payement devra prouver que la remise du titre lui a été faite après un payement, sauf aux créanciers solidaires à prouver qu'il y a remise gratuite.

354. Les auteurs qui admettent que le débiteur peut soutenir, suivant son intérêt, qu'il y a payement ou remise gratuite ajoutent une restriction. Si la présomption de

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 208, § 323. Mourlon, t. II, p. 548, n° 1429. Larombière, t. III, p. 577, n° 15 de l'article 1282 (Ed. B., t. II, p. 341).

payement avait pour résultat de couvrir une fraude à la loi, le créancier serait admis à prouver qu'il a remis le titre, non à la suite d'un payement, mais par libéralité. Ainsi le créancier demande la révocation d'une donation, faite sous forme de remise de dette, pour cause de survenance d'enfant; le débiteur lui oppose la délivrance qu'il lui a faite du titre comme prouvant le payement. Le créancier sera admis à prouver qu'il a fait une libéralité (1). Il nous semble que l'exception ne se justifie pas plus que la règle. S'il y avait réellement présomption de payement, la preuve contraire ne serait pas admise, au moins dans le cas de l'article 1282, comme nous le dirons plus loin. Vainement objecterait-on que la fraude fait toujours exception. Il n'y a pas de fraude, dans l'espèce; le créancier avait le droit de faire une libéralité sous forme de remise de la dette; de son côté, le débiteur aurait le droit d'invoquer la présomption de payement, si réellement la loi l'établissait. La loi a donc eu raison de ne pas l'établir, car, en l'établissant, elle aurait entravé l'exercice du droit qu'elle-même établit, la révocation de la donation pour survenance d'enfant.

On admet la même exception lorsque la remise du titre a été faite par une personne capable de recevoir un payement, mais incapable de disposer à titre gratuit, ou à une personne incapable de recevoir une libéralité. Cette exception encore témoigne contre la règle. N'est-il pas plus simple de ne pas établir une présomption de payement qui pourrait si facilement couvrir une fraude à la loi, en ce sens qu'elle permettrait à un incapable de donner ou de recevoir à titre gratuit? Par la même raison, on écarte la présomption de payement lorsqu'un tiers, tel qu'un réservataire, agit en réduction, ou lorsqu'un créancier intente l'action paulienne; la remise gratuite porterait, en ce cas, atteinte aux droits d'un tiers; nous en concluons qu'il eût été peu raisonnable d'établir une présomption de payement qui compromettait tant de droits et tant d'inté-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 208 et note 35 du § 323. Larombière, t. III, p. 578, n° 16 de l'article 1282 (Éd. B., t. II, p. 341). Mourlon n'admet pas la preuve contraire dans le cas de l'article 1282 (t. II, p. 750, n° 1430).

rêts. Certes il est plus juridique de maintenir le droit commun qui régit la preuve.

Enfin l'on admet que la présomption de payement ou de remise ne peut être opposée que par le débiteur au créancier. Il n'en est plus de même si le débiteur qui est en possession du titre prétend exercer un recours contre un codébiteur comme ayant payé la dette, ou si la caution agit contre le débiteur principal. Ils doivent prouver, dans ce cas, qu'ils ont réellement payé la dette, car leur action est fondée sur le payement. Ne pourraient-ils pas répondre, dans le système que nous combattons, que la présomption de payement ou de remise étant absolue, toute partie intéressée peut s'en prévaloir? Les distinctions, comme les exceptions que l'on est obligé de faire, prouvent que l'on dépasse la loi et que l'on fait une loi nouvelle.

N° 3 FORCE PROBANTE DE LA PRÉSOMPTION.

I. *En quel sens y a-t-il présomption de libération?*

355. Les articles 1282 et 1283 établissent une présomption de libération. Aux termes de l'article 1352, la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. Le débiteur qui a pour lui une présomption de libération est donc dispensé de toute preuve. En quel sens? Voici la difficulté qui se présente. Le créancier demande le payement de sa dette; le débiteur avoue qu'il devait, mais il prétend qu'il est libéré, et, pour le prouver, il invoque la présomption de libération résultant de la remise du titre. Peut-il se prévaloir de cette présomption par cela seul qu'il possède le titre original sous seing privé, ou la grosse du titre authentique? ou faut-il qu'il prouve que la présomption existe, c'est-à-dire que les éléments constitutifs de la présomption existent? Si l'on s'en tient aux principes généraux sur la preuve, il faut décider que c'est au débiteur qui oppose une exception au créancier à prouver le fondement de cette exception. En quoi consiste, dans l'espèce, l'excep-

tion que le défendeur invoque? Les articles 1282 et 1283 répondent : dans la remise volontaire du titre original ou de la grosse du titre authentique que le créancier a faite au débiteur. Donc le débiteur doit prouver que remise volontaire lui a été faite du titre par le créancier. C'est là le fondement de l'exception pour laquelle il devient demandeur, c'est donc là ce qu'il doit prouver. Objectera-t-on que, d'après l'article 1352, il est dispensé de toute preuve, parce qu'il a en sa faveur une présomption de libération? Nous répondons que celui qui invoque une présomption doit au moins prouver une chose, c'est que la présomption existe. Si donc la présomption n'existe que sous certaines conditions, il faut qu'il prouve l'existence de ces conditions. Or, telle est la présomption de libération établie par les articles 1282 et 1283. Le code ne dit pas que le débiteur qui est en possession du titre est présumé libéré, il dit que la remise volontaire du titre par le créancier au débiteur fait preuve de la libération. Donc la présomption de libération est attachée, non au fait matériel de la possession, mais au fait de la remise volontaire par le créancier au débiteur; c'est donc cette remise volontaire que le débiteur doit prouver.

356. A cela on objecte que la possession du titre fait présumer la remise volontaire. Voilà une nouvelle présomption. Voyons en quel sens on peut l'admettre. Pothier pose la question en ces termes : « La possession en laquelle le débiteur se trouve du billet fait-elle présumer que le créancier le lui a rendu? » La question était controversée. Pothier se prononce en faveur du débiteur, c'est-à-dire que par cela seul que le débiteur possède le titre, on doit présumer que le créancier lui en a fait la remise volontaire, « ou comme acquitté ou comme remis » ; sauf au créancier à prouver le contraire, par exemple, que le billet lui a été volé. Pourquoi Pothier admet-il cette présomption? Parce que la remise du titre par le créancier au débiteur est la voie naturelle par laquelle la possession en a pu passer de la personne du créancier, en laquelle il était, en celle du débiteur. Toutefois Pothier admet une réserve. Si le débiteur était l'agent d'af-

faires du créancier, ou un domestique à portée de se saisir du billet, la possession en laquelle il serait du billet pourrait n'être pas une présomption suffisante de la remise ou du payement de la dette (1).

On voit par ces distinctions que la présomption de remise résultant de la possession du titre était, dans l'opinion de Pothier, une simple présomption de fait dépendant des circonstances de la cause. Il ne pouvait pas s'agir d'une présomption légale, puisque la loi n'établissait pas cette présomption, et les interprètes ne peuvent certes établir une présomption légale.

357. Tel était l'état du droit lorsque le code civil fut discuté : il y avait présomption légale de libération par la remise du titre que le créancier faisait au débiteur; et les interprètes présumaient, selon les circonstances de la cause, que le créancier avait remis le titre lorsque le débiteur le possédait. Au conseil d'Etat, il y eut une discussion assez longue sur le cas prévu par l'article 1283. Il s'agissait de savoir si la remise de la grosse entraînait une présomption de libération aussi bien que la remise du titre original sous seing privé. On ne discuta donc pas directement notre question, mais on la toucha indirectement. Cambacérès soutint l'opinion de Pothier, qui finit par prévaloir; voici en quels termes il résumait le débat : « Le fait seul de la remise peut avoir tant de causes différentes, qu'on n'est pas nécessairement conduit à la regarder comme la suite d'une convention pour libérer le débiteur. Les lois romaines n'y attachaient qu'une simple présomption; il serait souvent injuste et toujours dangereux d'y attacher une certitude. Mais quel est le caractère de cette présomption? Il varie suivant les circonstances. Lorsque le titre n'est qu'un simple billet, la présomption est que le créancier qui s'en dessaisit et qui par là s'ôte le moyen de former son action a libéré le débiteur. Quant à la remise de la grosse, seule elle ne décide rien. Le créancier, rassuré par la possibilité de s'en procurer une nouvelle, a pu l'abandonner au débiteur

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 609.

sans vouloir le libérer. Cependant, comme il a pu aussi, en la remettant, vouloir renoncer à l'usage de son titre, il s'élève contre lui une présomption commencée qui, lorsqu'elle est soutenue d'autres circonstances, peut devenir une présomption complète. Mais alors c'est le débiteur qui l'invoque; c'est donc le débiteur qui doit l'établir en prouvant les circonstances d'où elle tire sa force (1). »

On peut induire de ces dernières paroles que, dans le cas de l'article 1282, le débiteur n'a rien à prouver. Mais cette différence que l'on ferait entre le cas de l'article 1282 et le cas de l'article 1283 serait contraire à la règle établie par l'article 1352 : toute présomption dispense de la preuve celui au profit duquel elle est établie, par la raison que la présomption est elle-même une preuve. On voit combien les discussions du conseil d'Etat sont vagues et incorrectes. Il faut les écarter, à moins qu'elles n'aient porté directement sur une question et que le conseil d'Etat ne l'ait décidée par un vote.

Bigot-Préameneu est plus explicite. L'orateur du gouvernement commence par exposer le fondement de la présomption, il insiste sur la condition que la remise ait été volontaire. Le seul fait de possession du titre ne prouve certainement pas que la remise ait été volontaire. Il est possible, en effet, que le titre soit tombé dans les mains du débiteur à l'insu ou contre le gré du créancier, et qu'il y ait eu surprise ou abus de confiance. Qui doit faire la preuve que la remise a été ou n'a pas été volontaire? Bigot-Préameneu répond : « Cette preuve ne doit pas être à la charge du débiteur, parce que la remise du titre étant un moyen naturel et usité de se libérer, il faut, pour écarter ce moyen, prouver qu'il n'existe pas réellement et que la remise n'est pas volontaire. » Remarquons que l'orateur du gouvernement décide ainsi la question, non en invoquant une présomption légale, mais en appliquant les principes généraux sur la preuve; car il dit d'abord que la preuve testimoniale de ces faits est admissible, lors même qu'il s'agit d'une somme de plus de

(1) Séance du conseil d'Etat, 25 brumaire an XII, n° 6 (Locré, t. VI, p. 96).

150 francs; de là suit que les simples présomptions sont également admissibles. C'est donc en se fondant sur des probabilités, c'est-à-dire sur des présomptions de fait, que l'Exposé des motifs admet que la preuve peut se faire par présomption ; et comme la possession fait naître une probabilité en faveur du possesseur, il en induit que c'est au créancier à prouver qu'il n'a pas fait la remise volontaire du titre au débiteur (1).

Jaubert, le rapporteur du Tribunat, est plus exact que Cambacérès. Il dit très-bien que la remise doit présenter les mêmes caractères dans les deux cas prévus par les articles 1282 et 1283 : dans les deux cas, il faut qu'elle ait été volontaire. Est-ce au débiteur de prouver qu'elle a été volontaire? Non, dit Jaubert; le débiteur ne peut être assujetti à aucune preuve, puisqu'il est défendeur. Ce sera donc au créancier de prouver que la remise n'a pas été volontaire (2).

358. Les auteurs modernes se sont prononcés en faveur du débiteur qui est en possession du titre; la plupart se fondent sur le principe invoqué par Jaubert : le défendeur, comme tel, n'a rien à prouver (3). L'argument n'est rien moins que décisif; l'article 1315 y répond ; après avoir dit que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, la loi ajoute : « Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. » Or, en quoi consiste, dans l'espèce, la preuve qui incombe au débiteur? Il se prétend libéré en vertu d'une présomption de libération, il faut donc qu'il prouve que cette présomption existe; or, les articles 1282 et 1283 attachent la présomption, non à la possession du titre, mais à la remise volontaire de l'écrit sous seing privé ou de la grosse. Donc, d'après les principes sur la preuve, ce serait au débiteur à prouver que le créancier lui a fait la remise volontaire du titre.

On fait valoir une raison plus spécieuse en faveur du

(1) Bigot Préameneu, Exposé des motifs, n° 151 (Locré, t. VI, p. 174).
(2) Jaubert, Rapport, n° 43 (Locré, t. VI, p. 215)
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 207, note 32, et les auteurs qui y sont cités.

débiteur. La loi, en établissant une présomption de libération en faveur du débiteur, a voulu le dispenser de prouver d'après le droit commun que le créancier lui a remis la dette ou qu'il l'a payée. Quel est ce droit commun? C'est la preuve littérale, dès que l'objet du litige dépasse 150 francs. Pour que la présomption de libération ait un avantage pratique, il faut que le débiteur soit dispensé de la preuve littérale par le fait seul qu'il possède le titre; si cette possession ne suffisait pas, il serait obligé de se procurer un écrit constatant la délivrance du titre, par suite d'un payement ou d'une remise gratuite, et dans cette supposition, il serait plus simple de demander une quittance en cas de payement ou un écrit qui constate la libéralité (1).

Il y a du vrai dans cette argumentation; mais voyons quelle est la conséquence qu'il en faut tirer. Est-il exact qu'à défaut de la présomption résultant de la possession, le débiteur serait dans la nécessité de se procurer une preuve littérale de sa libération? Bigot-Préameneu a répondu d'avance à l'objection en disant que la preuve testimoniale serait admissible; or, si la preuve testimoniale est admise, les présomptions simples le sont aussi. Et parmi ces présomptions, dites de l'homme, ne doit-on pas ranger le fait même que le débiteur possède le titre?

Nous arrivons à la vraie solution de la difficulté. Il est certain que la loi n'établit pas la présomption que certains auteurs semblent admettre en faveur du débiteur qui est en possession du titre (2). Les articles 1282 et 1283 ne répètent pas ce que Pothier disait, toutefois avec des restrictions, « que la possession du billet par le débiteur doit faire présumer qu'il lui a été rendu par le créancier ou comme acquitté ou comme remis; » donc cette présomption, si on veut l'admettre, ne saurait être une présomption légale. Et s'il n'y a pas de présomption légale,

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 436, n° 231 *bis* III.
(2) Duranton (t. XII, p. 463, n° 362) rejette les restrictions que Pothier faisait; il semble donc dire que la présomption est absolue, c'est-à-dire légale. Après cela il fait lui-même une restriction (n° 363). Preuve combien la doctrine est incertaine en cette matière.



on reste sous l'empire des principes généraux qui régissent la preuve. Partant c'est au débiteur à prouver que la présomption existe, car il oppose une exception de libération au créancier, et quant à cette exception, il devient demandeur. Reste à savoir comment la preuve se fera. Nous reviendrons sur la question; pour le moment, il suffit de dire que l'on applique le droit commun; les présomptions de l'homme sont admises dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale. Toujours est-il que c'est au débiteur à prouver par témoins ou par présomptions que le créancier lui a fait remise volontaire du titre; la possession du titre sera une de ces présomptions (1).

La jurisprudence est en faveur de cette opinion; les tribunaux semblent décider parfois que le seul fait de la possession du titre fait présumer la remise volontaire et par suite la libération du débiteur; à vrai dire, ils décident en fait en s'appuyant sur des présomptions graves, précises et concordantes, ce qui prouve qu'ils jugent d'après le droit commun (2). Il n'y a qu'une différence entre la jurisprudence et notre opinion. C'est que les tribunaux mettent la preuve à charge du demandeur, le créancier; tandis que, d'après notre avis, la preuve incombe au débiteur qui devient demandeur en opposant une exception de libération. Il nous faut voir en quoi consiste la preuve que le créancier doit faire et comment il peut la faire.

359. Dans l'opinion générale on admet le créancier à prouver que, malgré la possession du débiteur, les éléments constitutifs de la présomption n'existent pas et que par suite il n'y a pas preuve de libération. Ainsi le créancier est admis à prouver que le titre possédé par le dé-

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 258 et 260, nos 325 et 328. Mourlon, t. II, p. 748, no 1426.

(2) Liége, 15 janvier 1806; Colmar, 6 mars 1816 (Dalloz, au mot *Obligations*, no 2569, 1o et 2o). Rennes, 24 mai 1826 (Dalloz, no 2583). Bruxelles, 1er juillet 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 194). La cour de cassation s'est prononcée en ce sens. « Si, dit-elle, la possession du titre peut, le plus souvent, faire supposer la remise volontaire, le code n'a pas érigé en règle cette présomption, et son silence laisse aux tribunaux la faculté de le décider d'après les circonstances particulières de la cause. » Rejet, 11 février 1873 (Dalloz, 1873, 1, 477).

biteur n'est pas le titre original sous signature privée, ce qui exclut l'application de l'article 1282; le texte est formel, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute (1).

Le débiteur est en possession du titre, il en résulte une présomption de remise, dit-on. Mais cette présomption est une simple présomption de l'homme; si les faits de la cause et l'interrogatoire des parties prouvent que la remise n'a pas été volontaire, l'article 1282 doit être écarté et, par suite, il s'agit de savoir si le débiteur a payé. Puisqu'il n'a pas de présomption en sa faveur, il en faut conclure que la preuve du payement lui incombe. On a prétendu que cette décision violait l'article 1282. Non, dit la cour de cassation, puisque cet article n'est pas applicable à la cause (2).

Quand la remise n'a-t-elle pas été volontaire? Nous citerons quelques espèces qui prouveront que le législateur a eu grandement raison de ne pas attacher une présomption de libération au seul fait de la possession du titre. Des enfants, débiteurs de leur père, habitent avec lui; à sa mort, ils se trouvent en possession du billet qui constate leur dette. Peuvent-ils invoquer l'article 1282? Oui, dit-on, parce que la possession fait présumer la remise. Soit; mais les autres héritiers sont admis à prouver que la remise n'a pas été volontaire, et ils prouvent, en effet, que les défendeurs se sont emparés du billet à l'insu et contre le gré du père (3).

Le même cas s'est présenté dans des circonstances encore plus défavorables à l'enfant débiteur : la mère était alitée, elle n'avait pas d'armoire pour y enfermer son argent et ses billets; c'est son fils qui faisait ses affaires, il avait souscrit deux billets, chacun de 2,500 francs; l'un avait été acquitté, et le débiteur avait eu bien soin d'en retirer quittance ; il prétendait que sa mère lui avait fait remise de l'autre. La cour de Caen décida qu'il y avait soustraction et abus de confiance (4).

(1) Arrêt précité de Bruxelles (note 2 de la page précédente).
(2) Rejet, 10 avril 1833 (Dalloz, n° 2568, 1°).
(3) Colmar, 28 mai 1831 (Dalloz, n° 2568, 2°).
(4) Caen, 6 novembre 1827 (Dalloz, n° 2570, 2°).

On voit combien est dangereuse la présomption que l'on admet en faveur du possesseur de l'écrit. Le plus souvent, le débat s'agite entre proches parents; ce n'est guère que dans ce cas-là qu'il se fait des payements sans quittance, ou des libéralités sous forme de remise. Quel danger n'y aurait-il pas d'établir une présomption de payement en faveur de celui qui serait en possession de l'écrit, en le dispensant de toute autre preuve? C'eût été favoriser les actes d'indélicatesse, les abus de confiance, les soustractions frauduleuses même. Il est vrai que le créancier, dans l'opinion commune, est admis à la preuve contraire; les tribunaux entendent les parties et jugent d'après les circonstances de la cause qu'il n'y a pas eu remise volontaire; ils se décident d'après de simples présomptions (1). Toujours est-il que c'est au créancier que l'on impose cette preuve, tandis qu'il serait plus juridique de la mettre à charge du débiteur.

Il y a un arrêt de la cour de cassation qui se rapproche de notre opinion. Dans l'espèce, le premier billet avait été égaré, le débiteur en avait souscrit un second pour remplacer le billet primitif; c'est celui-ci que l'on trouva dans les papiers du débiteur décédé. Plusieurs années après, le fils du débiteur allégua sa libération en disant que la possession du titre privé par le débiteur faisait présumer la remise volontaire par le créancier et constituait une preuve de la libération. La cour répond que la loi attache la présomption de libération, non au fait simple de la possession du titre privé par le débiteur, mais bien à la remise volontaire que lui en a consentie le créancier. L'arrêt ajoute que « la possession n'implique pas la preuve de la remise volontaire, surtout lorsqu'il s'agit d'un titre qui avait été égaré et qu'un second billet avait été souscrit pour tenir lieu du premier (1). Enfin la cour invoque les circonstances de fait relevées dans l'arrêt attaqué, circonstances qui excluaient toute idée de remise; elle en conclut que la détention matérielle du billet égaré par le

(1) Rejet, 22 janvier 1828 (Dalloz, n° 2568, 2°). Rejet, chambre civile, 17 mars 1869 (Dalloz, 1869, 1, 338).



créancier ne prouve pas l'extinction de la dette et n'annule pas le second billet dont le créancier demandait le payement (1). L'arrêt ne décide pas la question en droit, puisqu'il invoque aussi les circonstances de la cause; toujours est-il qu'il repousse la prétendue présomption que l'on déduit de la seule possession du titre.

360. Il y a encore une difficulté dans cette difficile matière. Comment se fera la preuve, soit qu'on l'impose au débiteur, soit qu'on la mette à charge du créancier? Ceci est un point d'une importance extrême. Si l'on admet que la preuve peut se faire même par présomptions, la question que nous venons de discuter n'a guère d'importance pratique; le juge se décidant d'après les circonstances de la cause, il est assez indifférent qui doit les faire valoir. Il en est autrement si la preuve doit se faire d'après le droit commun qui exclut, en général, les présomptions; il importe alors beaucoup de savoir si le débiteur est dispensé de toute preuve par cela seul qu'il possède le titre, La cour de cassation a jugé que la question devait être décidée d'après le droit commun. Il y a de cela une raison péremptoire : les principes généraux restent toujours applicables, à moins que la loi n'y déroge; or, le code ne parle pas du fait de possession, il est donc impossible qu'il déroge au droit commun. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, on soutenait et l'arrêt attaqué décidait que la remise de l'un des doubles de l'acte sous seing privé par le créancier au débiteur, déjà nanti de l'autre double, avait été le résultat d'une méprise. Or, une méprise n'est pas de nature à être constatée par écrit; la cour d'appel avait donc pu induire de présomptions et juger que la remise n'avait pas été volontaire et, par conséquent, ne faisait pas preuve de la libération (2).

Ainsi les présomptions ne sont admissibles que lorsque la preuve testimoniale est admise, et la preuve par témoins n'est reçue, au delà de 150 francs, que lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, ou lorsqu'il n'a

(1) Rejet, 17 avril 1860 (Dalloz, 1860, 1, 397).
(2) Rejet, 5 mars 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*. nº 2572).

pas été possible au demandeur de se procurer une preuve littérale du fait juridique par lui allégué (art. 1347 et 1348). Tel est le droit commun. Il en résulte que si le créancier soutient qu'il a remis le billet au débiteur à titre de dépôt ou de mandat, il ne sera pas admis à faire la preuve testimoniale du fait litigieux, car le dépôt et le mandat sont des contrats, et toute convention, même le dépôt, dit l'article 1341, doit se prouver par écrit quand la chose excède la valeur de 150 francs. Si le créancier prétend que le débiteur a obtenu la possession par surprise ou abus de confiance, la preuve testimoniale et, par suite, les présomptions seront admissibles, parce qu'on ne se procure pas une preuve littérale d'un fait doleux (article 1348, n° 1). C'est ce que disait l'orateur du gouvernement, quoiqu'il motive assez mal sa décision. « Ce n'est pas, dit-il, une obligation que l'on veuille établir, c'est l'allégation du fait d'une remise volontaire du titre qui est contestée (1). » Si l'on prenait ces paroles à la lettre, il en faudrait conclure que la preuve testimoniale et les présomptions sont toujours admises en cette matière, tandis qu'elles ne le sont qu'exceptionnellement en vertu du droit commun, et c'est le droit commun qui doit recevoir son application (2). Il faut donc voir, dans chaque espèce, s'il s'agit d'un fait dont le droit commun permet la preuve par témoins.

Si le créancier allègue que le titre n'a pas été remis par lui au débiteur, la preuve testimoniale et les présomptions seront admissibles. C'est le droit commun, puisqu'il s'agit du fait d'un tiers dont le créancier n'a pas pu se procurer une preuve littérale (3). Le créancier peut aussi soutenir que la remise du titre, quoique faite par lui, n'a pas été faite au débiteur; ce fait ne pourrait pas être prouvé par témoins, car le créancier qui remet son titre à un tiers peut et doit en demander un reçu. Enfin le créancier peut avouer avoir remis le titre au débiteur; mais il prétend que la remise n'a pas été volontaire, en

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 154 (Locré, t. VI, p. 174).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 207, et note 33, § 323.
(3) Bruxelles, 22 février 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 157).

ce sens qu'elle n'a pas été faite à la suite d'un payement, ni dans l'intention de libérer le débiteur à titre gratuit. Est-il admis à faire cette preuve par témoins? Ce serait la preuve contraire à la présomption établie par les articles 1282 et 1283: cette preuve est-elle admise et comment peut-elle se faire? C'est ce qu'il nous reste à voir.

II. *La présomption de libération admet-elle la preuve contraire?*

361. Les présomptions légales dispensent de toute preuve celui au profit duquel elles existent. Autre est la question de savoir si celui à qui l'on oppose une présomption légale est admis à faire la preuve contraire. La preuve contraire est de droit commun, même en matière de présomptions. Toutefois il y a des exceptions; et l'une de ces exceptions s'applique au cas prévu par l'art. 1282. « Nulle preuve, dit l'article 1352, n'est admise contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en justice. » La loi dénie l'action en justice quand elle donne au défendeur une exception qui détruit la demande ; telle est la présomption de l'article 1282. Le créancier réclame le payement de sa dette; le débiteur lui répond : Je suis libéré, car vous m'avez fait remise volontaire du titre original sous signature privée, et cette remise, aux termes de l'article 1282, fait preuve de la libération. Le créancier peut-il demander à prouver que le débiteur n'est pas libéré? Non, car la loi, déclarant que le débiteur est libéré, refuse par cela même l'action en justice au créancier; d'où suit que nulle preuve contraire n'est admise contre la présomption de libération (1).

362. Qu'est-ce que cela veut dire que nulle preuve contraire n'est admise? Nous venons de constater que, d'après la doctrine et la jurisprudence, le créancier est admis à prouver que ce n'est pas lui qui a remis le titre au débiteur, et alors même que c'est le créancier qui a fait cette remise, il est encore admis à prouver que la

(1) Jaubert, second rapport, n° 32 (Locré, t. VI, p. 235).

remise n'a pas été volontaire, en ce sens qu'elle a eu lieu par surprise, abus de confiance, soustraction frauduleuse, ou à un titre qui exclut toute libération, tel que le dépôt ou le mandat. N'est-ce pas là prouver contre la présomption de libération? Non, c'est prouver que l'un des éléments constitutifs de la présomption fait défaut et, par suite, qu'il n'y a pas de preuve de la libération, parce que la présomption n'existe pas. Mais si tous les éléments constitutifs de la présomption se rencontrent, le créancier n'est pas admis à prouver que la remise volontaire du titre n'a pas opéré la libération du débiteur. Il se pourrait cependant que, malgré la remise volontaire des titres par lui faits au débiteur, il n'y ait ni payement, ni libéralité; mais la loi ne permet pas au créancier de faire cette allégation, elle interdit toute preuve contraire, parce que le fait allégué est très-peu probable; et pour un cas rare et tout à fait exceptionnel qui pourrait se présenter, la loi ne veut pas admettre la preuve contraire dans tous les cas : c'eût été détruire la faveur de la présomption qu'elle a établie. Ainsi repousser la preuve contraire, dans l'espèce, veut dire que le créancier ne sera pas admis à prouver que, tout en remettant au débiteur le titre sous seing privé, il ne l'a pas fait en suite d'un payement, ni pour faire une libéralité au débiteur : le débiteur est libéré, on ne peut pas prouver qu'il ne l'est pas (1).

363. Quand on dit qu'aucune preuve contraire n est admise contre certaines présomptions, on s'exprime d'une manière trop absolue. L'article 1352, qui établit le principe, y admet deux exceptions. D'abord le créancier peut, malgré la présomption de libération, déférer au débiteur le serment sur le point de savoir si réellement il est libéré, soit à titre de payement, soit à titre de libéralité. Par la délation du serment le créancier s'en rapporte à la conscience du débiteur; celui-ci n'a donc pas le droit de se plaindre, c'est lui qui décide le procès. De même le créancier peut invoquer l'aveu judiciaire du débiteur et, par conséquent, demander qu'il soit interrogé sur faits et arti-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 209, et note 38, § 323.

cles : si le débiteur déclare qu'il a payé ou reçu le billet à titre gratuit, tout est décidé. Mais aussi s'il avoue n'avoir pas payé et n'avoir pas reçu le billet à titre gratuit, le créancier pourra se prévaloir de cet aveu contre lui : c'est le débiteur lui-même qui est constitué juge du procès.

364. Y a-t-il exception à la présomption de libération établie par l'article 1282 lorsque le débat s'agite entre commerçants? Un arrêt de la cour de cassation a jugé l'affirmative. La cour pose en principe qu'en matière commerciale et entre commerçants la preuve résultant des livres régulièrement tenus, ainsi que la preuve testimoniale et celle qui se fonde sur de simples présomptions peuvent toujours être admises par les tribunaux, quelle que soit d'ailleurs l'importance du litige, ou la cause tant de la demande que des exceptions qui y sont opposées. Puis la cour applique le principe à l'espèce. Le principe, dit-elle, doit recevoir son application même dans le cas où il existe des présomptions légales contraires, pourvu qu'elles ne soient pas de leur essence péremptoires et absolues, comme le seraient la prescription et l'autorité de la chose jugée. Or, les livres des deux parties et les circonstances de la cause prouvaient que la remise des billets à ordre, quoique volontairement faite par le créancier au débiteur, ne l'avait pas été à titre libératoire, mais seulement à raison de la confiance réciproque qui existait alors entre eux et à raison de quelques à-compte payés par le débiteur, sans que sa libération eût jamais été complète. La cour conclut que l'arrêt attaqué n'a pas violé l'article 1282, qu'il s'est borné à faire à l'espèce une application régulière du principe général de la preuve en matière de commerce (1).

Cette décision a été vivement critiquée par un homme compétent (2) et, à notre avis, le critique a raison. Il est de principe que les règles du droit civil sont applicables en matière de commerce, à moins que le code de commerce n'y ait dérogé. Donc la présomption de l'art. 1282

(1) Rejet, 18 août 1852 (Dalloz, 1853, 1, 111).
(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 452, note 7.

peut être invoquée par le débiteur commerçant. L'article 12 du code de commerce cité par l'arrêt déroge-t-il à l'article 1282? Nullement, il décide seulement la question de savoir quelle est la preuve admise entre commerçants; il déroge à l'article 1341 qui interdit la preuve testimoniale. Mais, dans l'espèce, il ne s'agissait pas de savoir si le juge pouvait admettre la preuve par témoins, il s'agissait de savoir si une preuve quelconque est admise; or, l'article 1282 combiné avec l'article 1352 repousse toute preuve, sauf l'aveu et le serment; donc l'article 12 du code de commerce était hors de cause.

365. Il y a une exception en matière de faillite. Le débiteur failli obtient un concordat avec une remise de 60 pour cent; le créancier, en recevant son dividende, remet au débiteur les effets acquittés. Cette tradition fait-elle preuve de la libération complète du débiteur? Non, certes; le créancier a reçu ce qu'il pouvait exiger du débiteur, c'est-à-dire 40 pour cent; la remise des billets prouve donc la libération du débiteur jusqu'à concurrence de cette fraction de la dette. La cour de Bruxelles dit très-bien que si en matière civile la remise volontaire du titre original fait preuve de la libération entière, c'est parce que le créancier avait le droit d'exiger de son débiteur le payement de la créance entière; et s'il lui remet le titre, ce ne peut être que parce que le créancier avait reçu son payement intégral, ou qu'il veut faire une libéralité à son débiteur. Ce motif fait défaut en cas de faillite; pour mieux dire, il ne s'applique qu'à la partie de la dette qui n'a pas été remise par le concordat (1).

366. L'article 1283, après avoir dit que la tradition volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le payement, ajoute « sans préjudice de la preuve contraire. » Sur quoi porte cette preuve contraire? Jaubert répond à la question dans son rapport au Tribunat : « Celui à qui la grosse du titre a été volontairement remise n'a pas besoin de prouver que la dette lui a été remise, ou qu'il en a payé le montant. Mais celui qui a

(1) Bruxelles, 13 juillet 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 187).

fait la remise volontaire de la grosse peut prouver que, quoiqu'il ait volontairement remis la grosse, il n'a pas pour cela fait la remise de la dette, ou qu'il n'en a pas reçu le montant. » Pourquoi la présomption de l'article 1283 peut-elle être combattue par la preuve contraire, tandis que nulle preuve n'est admise contre la présomption de l'article 1282? Nous l'avons déjà dit : c'est que la probabilité de libération est moindre; le créancier qui a un titre authentique sait qu'il peut toujours se procurer une nouvelle grosse, en remplissant les formalités prescrites par le code de procédure (art. 854); il peut donc se montrer plus facile quand, pour un motif quelconque, on lui demande de se dessaisir de sa grosse; de là suit que le fait de la remettre au débiteur engendre une probabilité moindre que celle qui naît de la remise du titre unique sous seing privé; et la probabilité de libération étant moins forte, le législateur ne pouvait admettre une présomption absolue de libération (1).

367. La preuve contraire est admise. Quelle est cette preuve? Le code ne le dit pas; par cela même il maintient le droit commun. De là suit que le créancier ne sera admis à prouver par témoins et par présomptions qu'il n'y a eu ni payement ni libération gratuite que dans les cas où par exception la preuve testimoniale est admissible. De quoi s'agit-il? Le créancier a remis volontairement son titre au débiteur; il doit prouver que cette remise a eu lieu par une cause autre que le payement ou la libéralité. Peut-il prouver cette cause par témoins et par présomptions? Oui, s'il a un commencement de preuve par écrit, ou si le fait est de telle nature, qu'il ne pouvait pas s'en procurer une preuve littérale (2).

Marcadé dit en termes absolus que le créancier peut prouver sa prétention par tous les moyens, parce qu'il s'agit d'un simple fait (3). Il est vrai que la prohibition de l'article 1341 n'est pas applicable à la preuve des faits purs et simples. Mais le fait que le créancier demande

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 155 (Locré, t. VI, p. 174).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 210, note 42, § 323.
(3) Marcadé, t. IV, p. 603, n° III de l'article 1283.

à prouver est-il un fait pur et simple? Il sait que la remise de la grosse entraîne une présomption de libération, il doit donc se ménager une preuve contraire; dès lors il s'agit d'un fait juridique et, par conséquent, l'article 1341 est applicable, sauf les exceptions des articles 1347 et 1348.

§ III. *Effet de la remise.*

Nº 1. DE LA REMISE EXPRESSE.

368. Pothier distingue deux espèces de remises, l'une appelée *réelle*, l'autre qu'il qualifie de *décharge personnelle*. La *remise* est *réelle* lorsque le créancier déclare qu'il tient la dette pour acquittée, ou lorsqu'il en donne quittance comme s'il en avait reçu le payement, quoiqu'il ne l'ait pas reçu. On l'appelle *réelle* parce qu'elle équipolle au payement; par suite la dette est éteinte à l'égard des débiteurs et des tiers intéressés, tels que caution et détenteurs des immeubles hypothéqués à la dette. La *remise* est *personnelle* quand le créancier décharge simplement le débiteur de son obligation. Cette remise ne peut être invoquée que par celui à qui elle est accordée; les tiers, quoique intéressés à l'extinction de la dette, ne peuvent pas s'en prévaloir (1). Il importe donc beaucoup de savoir quand la remise est réelle, quand elle est personnelle. La question ne se présente que lorsqu'il y a des codébiteurs, des cautions ou des hypothèques.

369. « La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers » (art. 1285). Ainsi la remise est réelle en principe, elle n'est personnelle qu'en vertu d'une réserve expresse. Nous en avons dit la raison en traitant de la solidarité. L'article 1285 ajoute : « Si le créancier a réservé ses droits, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a

(1) Pothier, *Des obligations*, nºs 616 et 617.

fait la remise. » Nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre de la solidarité (t. XVII, n° 340).

370. « La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions » (art. 1287). Il ne peut y avoir de caution, dit Pothier, sans un débiteur principal. D'ailleurs le débiteur serait inutilement déchargé si les cautions ne l'étaient pas, puisque les cautions, étant obligées de payer, auraient recours contre le débiteur.

371. Ces principes ne s'appliquent pas à la remise que les créanciers font au débiteur failli par le concordat qu'ils lui accordent. L'article 541 du nouveau code de commerce dispose que, « nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leur créance contre les coobligés du failli. » La raison en est que la remise que les créanciers font au failli n'est pas volontaire; ils n'ont pas la volonté de libérer le débiteur par un acte de libéralité; c'est à raison de l'insolvabilité du débiteur et pour tirer le meilleur parti d'une mauvaise créance qu'ils souscrivent le concordat; voilà pourquoi le concordat lie les créanciers malgré eux, en ce sens que la majorité oblige la minorité. De là suit que la remise consentie par le concordat est essentiellement personnelle; par conséquent les codébiteurs et les cautions ne peuvent pas s'en prévaloir (1).

L'article 541 est-il applicable à un traité ou concordat amiable intervenu entre le débiteur et ses créanciers? Non, la loi commerciale déroge au droit commun. D'après le code civil, la remise conventionnelle libère les codébiteurs et les cautions; l'article 541, par exception à cette règle, maintient l'obligation des coobligés lorsque la remise est faite par un concordat; cette exception, comme toute exception, est de rigoureuse interprétation, on ne peut l'étendre au delà des termes de la loi. Or, le code de commerce parle d'un concordat judiciaire et forcé, en ce sens qu'il est obligatoire même pour les créanciers qui n'y ont pas consenti. Cela est décisif. Le traité volontaire

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 444, n° 237 *bis* I.

que les créanciers font avec leur débiteur est consenti librement, il n'oblige que les créanciers qui donnent leur consentement; donc il ne tombe pas sous l'application de l'article 541; c'est dire que la règle établie par le code civil reste applicable (1).

Il y a cependant des motifs de douter. D'une part, on peut dire que la remise que les créanciers font à leur débiteur dans un traité amiable n'est volontaire qu'en apparence; elle leur est arrachée par le mauvais état de ses affaires, elle est donc personnelle aussi bien que le concordat fait en justice. D'autre part, la situation du débiteur qui fait un concordat amiable avec ses créanciers est la même que celle du failli concordataire; il est réellement en faillite, puisqu'il cesse ses payements. Ces objections s'adressent au législateur, l'interprète n'en peut pas tenir compte; il est lié par les textes, et les textes ne laissent aucun doute. Le code civil établit une règle, et le code de commerce y fait une exception; les traités amiables ne tombent pas sous l'application de la disposition de l'article 541, donc ils restent sous l'empire de la règle (2).

Les créanciers pourraient-ils réserver leurs droits contre les coobligés du débiteur auquel ils accordent une remise? Cette question est controversée et il y a quelque doute. La cour de cassation l'a décidée négativement en ce qui concerne les cautions non solidaires. Quant aux coobligés tenus solidairement, l'article 1285 permet au créancier de réserver ses droits, tandis que l'article 1287 n'autorise pas cette réserve à l'égard des simples cautions; la cour en conclut que la réserve est inopérante à leur égard (3). Cela nous paraît très-douteux. Il est vrai que la loi ne parle pas d'une réserve quand il s'agit des cautions; mais la réserve n'est-elle pas de droit commun? On dira que si le créancier se réserve ses droits contre la caution, la remise qu'il accorde au débiteur sera inutile, puisque la caution qui paye aura un recours contre le dé-

(1) Cassation, 17 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 219).
(2) Comparez Caen, 10 juin 1868 (Dalloz, 1868, 2, 97).
(3) Rejet, 30 mars 1869 (Dalloz, 1869, 1, 512). Comparez Larombière, t. III, p. 610, n° 1 de l'article 1287 (Éd. B., t. II, p. 354).

biteur principal. On répond que la remise aura toujours un avantage pour le débiteur, qu'il sera à l'abri des poursuites du créancier. L'article 541 du code de commerce fournit une autre réponse à l'objection : la remise faite au failli ne libère pas les cautions; celles-ci, tenues de payer, auront donc un recours contre le débiteur; cela prouve que la remise accordée au débiteur n'est pas incompatible avec l'action récursoire qui appartient à la caution contre le débiteur. Cette action contre la caution, que le code de commerce réserve de plein droit au créancier, pourquoi ne pourrait-il pas se la réserver par convention quand il s'agit d'un traité amiable? Il y a un arrêt de la cour d'Orléans en ce sens (1).

La réserve, si on l'admet, doit être expresse. L'article 1285 l'exige pour les codébiteurs solidaires, et il en doit être de même, à plus forte raison, pour les cautions, puisque le texte de la loi n'autorise pas même la réserve. Il a été jugé, par application de ce principe, que l'intervention des codébiteurs et des cautions au traité qui se fait entre le débiteur et ses créanciers ne suffit point pour que les créanciers conservent leurs droits contre les cautions et les codébiteurs; il faut une manifestation de volonté de la part des créanciers, et elle doit être expresse, puisqu'elle fait exception au droit commun (2).

372. « La remise accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal » (art. 1287). On suppose que cette remise ne porte que sur le cautionnement. Toute renonciation doit être interprétée restrictivement; je puis bien renoncer à la garantie que j'ai pour le payement de ma créance, sans renoncer à mon droit contre le débiteur. Si donc je décharge la caution, je ne renonce qu'à l'action que j'ai contre elle en vertu du cautionnement, mes droits contre le débiteur restent entiers. Est-ce à dire que la remise faite à la caution ne puisse être réelle? Non, certes, cela dépend de la volonté du créancier; il peut renoncer

(1) Orléans, 6 juin 1868 (Dalloz, 1868, 2, 224). Dans le même sens, Rolland de Villargues, au mot *Remise de dettes*, n° 85, et une dissertation de Bertauld (Dalloz, 1868, 2, 97).
(2) Cassation, 12 novembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 483).

d'une manière absolue à la dette, quoique la convention n'intervienne qu'entre lui et la caution (1). Seulement, dans ce cas, il faudra l'acceptation du débiteur, la remise conventionnelle ne pouvant se faire que par concours de volontés.

373. « La remise accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres » (art. 1287). C'est une application du même principe : quand il y a plusieurs cautions, le créancier a autant de garanties que de cautions, il peut renoncer à l'une des sûretés sans que l'on en puisse induire qu'il veut renoncer à toutes, sauf à lui, si telle est son intention, de renoncer au cautionnement d'une manière absolue : la remise, personnelle en principe, peut devenir réelle si telle est la volonté du créancier.

En disant que la remise accordée à l'une des cautions ne *libère* pas les autres, la loi n'entend pas dire que la remise ne leur profite pas; elles ne sont pas libérées, elles restent tenues de la dette, mais le créancier ne peut plus agir contre elles que déduction faite de la part que la caution déchargée aurait dû supporter dans la dette. On le décide ainsi par analogie de l'article 1285. Quand la remise accordée au débiteur solidaire est personnelle, les codébiteurs ne sont pas libérés, mais le créancier ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a accordé la remise. Si les cautions se sont obligées solidairement, elles peuvent se prévaloir du texte de l'article 1285. Si elles ne sont pas solidaires, elles peuvent en invoquer le bénéfice par argument *à fortiori*. Les cautions ne se sont obligées que sous la condition d'un recours; elles peuvent même exiger que le créancier divise son action contre elles, de sorte que chacune n'est tenue que pour sa part et portion (art. 2033 et 2026). Il suit de là que les cautions ne sont jamais tenues que pour une part virile. Si le créancier renonce à poursuivre l'une d'elles, il renonce par cela même au droit qu'il a de poursuivre les autres pour le tout; la caution poursuivie pou-

(1) Marcadé, t. IV, p. 611, n° V de l'article 1287. Mourlon, t. II, p. 751, n° 1435.



vant opposer le bénéfice de division, peut à plus forte raison opposer le bénéfice de l'article 1285, et elle conserverait ce droit quand même elle aurait renoncé au bénéfice de division; car il est toujours vrai de dire qu'il est de l'essence du cautionnement que chaque caution ne soit tenue que de sa part dans la dette (1).

On admet une exception pour le cas où la caution déchargée ne s'est engagée qu'après les autres. Il est vrai que, dans ce cas, les autres cautions n'ont pas pu compter sur un recours contre cette caution. Néanmoins nous préférerions maintenir le principe que chaque caution n'est tenue que de sa part dans la dette. Le créancier, en faisant remise à l'une d'elles, ne peut pas aggraver la charge des autres, à quelque époque qu'elles se soient engagées (art. 2037). L'opinion contraire est cependant généralement suivie, et elle a pour appui l'autorité de Pothier (2).

374. « Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharger de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions » (art. 1288). Cette disposition est universellement critiquée. Elle s'écarte de la tradition et elle est contraire aux principes. Dumoulin disait très-bien que la convention par laquelle le créancier décharge l'une des cautions, moyennant le payement d'une certaine somme, est un contrat aléatoire. Le créancier prend sur lui le risque de l'insolvabilité du débiteur principal et des autres cautions, et, de son côté, la caution est déchargée de ce risque qui l'obligerait à supporter toute la dette. Ce que le créancier stipule de la caution déchargée, il le reçoit donc à titre onéreux; partant il n'y a aucune raison pour l'imputer sur la dette. C'est enlever au créancier le bénéfice de son contrat, tout en laissant à sa charge le risque de l'insolvabilité (3). A ces conditions-là, le créancier n'accordera jamais la décharge à une caution.

Que répond-on à ces objections? On dit que cela sup-

(1) Mourlon, t. II, p. 751, n° 1435, et tous les auteurs.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 617.
(3) Pothier, *Des obligations*, n° 618, et la note de Bugnet. Duranton, t. XII, p. 484, n° 379, et tous les auteurs.



pose que l'insolvabilité du débiteur principal était à craindre ; mais comment prouver qu'il y avait des risques d'insolvabilité (1)? Nous répondons que par cela même que plusieurs cautions se sont obligées pour le débiteur principal, la solvabilité de celui-ci doit être plus ou moins douteuse. Et il faut bien supposer qu'il y a un risque quelconque, sinon le traité entre la caution et le créancier ne se conçoit pas. S'il n'y a absolument aucun risque, où est la caution qui consentira à payer quoi que ce soit au créancier pour être déchargée de son cautionnement?

L'orateur du Tribunat fait une autre réponse à Dumoulin; elle est singulièrement naïve. « Si, dit-il, le créancier recevait de la caution toute la dette, il n'aurait plus rien à demander à personne; pourquoi donc, quand il reçoit une partie, fût-ce en vue de l'insolvabilité apparente, n'en tiendrait-on pas également compte (2)? » Sans doute le créancier à qui il est dû 10,000 francs et qui reçoit ces 10,000 francs de l'une des cautions, ne peut plus rien demander à personne, par l'excellente raison que la dette est éteinte par le payement. Mais s'il reçoit 1,000 francs pour décharger l'une des cautions, il ne reçoit rien sur sa dette; les 1,000 francs que lui donne la caution sont une compensation du risque dont elle était chargée et qu'elle met sur le compte du créancier.

N° 2. DE LA REMISE TACITE DES ARTICLES 1282 ET 1283.

375. La remise tacite qui résulte des articles 1282 et 1283 est réelle de son essence, elle ne saurait être personnelle. Quand le créancier remet son titre au débiteur ou à un coobligé, il est dans l'impossibilité absolue d'agir, en ce sens qu'il n'a plus de preuve littérale de sa créance. Se mettre dans l'impossibilité d'agir, c'est manifester la volonté de ne pas agir et de n'agir contre personne, puisqu'on n'a plus de preuve contre personne. Donc la remise de la dette est absolue ou réelle. On ne conçoit même

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 159 (Locré, t. VI, p. 175).
(2) Mouricault, Rapport, n° 40 (Locré, t. VI, p. 252).

pas qu'elle soit personnelle. Elle ne pourrait être personnelle qu'en vertu d'une réserve, c'est-à-dire d'une volonté expresse, et une manifestation de volonté expresse exclut la remise tacite.

376. Le code consacre une conséquence de ce principe dans l'article 1284. « La remise du titre original sous signature privée ou de la grosse du titre à l'un des débiteurs solidaires a le même effet au profit de ses codébiteurs. » En remettant son titre à l'un des débiteurs solidaires, le créancier se trouve dans l'impossibilité de poursuivre non-seulement le débiteur à qui il a fait cette remise, mais tous ses codébiteurs; puisque par sa volonté il se désarme à l'égard de tous, sa volonté doit être de les libérer tous. Voilà ce que l'on peut dire pour justifier la décision de la loi (1). Ne faut-il pas ajouter une condition? La remise tacite est une convention aussi bien que la remise expresse, au moins quand elle constitue une libéralité, et toute convention exige un concours de consentement. Le débiteur doit accepter l'offre de libération que lui fait le créancier: cette acceptation, de même que l'offre, peut être tacite.

Le débiteur conjoint mais non solidaire pourrait-il invoquer le bénéfice de l'article 1284? On admet l'affirmative parce qu'il y a même raison de décider. Si les codébiteurs solidaires sont libérés, ce n'est pas parce qu'ils sont solidaires, c'est parce que le créancier s'est mis dans l'impossibilité de les poursuivre; or, cette même impossibilité existe quand les débiteurs sont simplement conjoints (2).

377. Par la même raison, les cautions sont libérées quand le créancier remet son titre au débiteur principal. La remise conventionnelle, c'est-à-dire expresse, est réelle à l'égard de la caution; à plus forte raison, la remise tacite doit-elle être réelle.

Quand la remise du titre a été faite à la caution, le débiteur principal est libéré. Nous avons dit que la remise

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 439, n° 233 *bis* II.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 207, note 31, § 323.

expresse faite à la caution pouvait être réelle si telle était la volonté du créancier. Dans l'espèce, telle est nécessairement sa volonté, puisque volontairement il se met dans l'impossibilité de poursuivre le débiteur principal, en remettant son titre à la caution. Si son intention était de libérer seulement la caution, il ferait une décharge expresse; en faisant une remise tacite, tous les obligés en doivent profiter, parce que tous sont à l'abri des poursuites du créancier, en ce sens qu'il s'est dépouillé de son titre à l'égard de tous (1). Toutefois, à notre avis, il faudrait l'acceptation du débiteur (n° 376).

378. Le codébiteur ou la caution à qui remise du titre a été faite a-t-il un recours contre les codébiteurs ou le débiteur principal? Ici reparaît la difficulté que nous avons examinée plus haut (nos 350, suiv.). La remise du titre fait présumer la libération : est-ce la libération en suite d'un payement, ou est-ce la libération gratuite? Dans le dernier cas, il ne peut pas s'agir d'un recours, tandis que le recours est de droit quand le codébiteur et la caution ont payé. Que faut-il présumer? Le payement ou la libéralité? A notre avis, ni l'un ni l'autre. C'est à celui qui prétend qu'il a un recours en vertu d'un payement à en faire la preuve, parce que la loi n'établit pas de présomption en sa faveur. Sur ce point, tout le monde est d'accord (2).

SECTION V. — De la compensation (3).

§ Ier. *Notions générales.*

379. L'Exposé des motifs définit la compensation en ces termes : « C'est la libération respective de deux personnes qui se trouvent débitrices l'une envers l'autre. » Je vous dois 1,000 francs; vous devenez mon débiteur de

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 440, n° 233 *bis* III.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 440, n° 233 *bis* IV.
(3) Lair, *De la compensation dans le droit romain et le droit français* (Paris, 1862, 1 vol. in-8°). Desjardins, *De la compensation dans le droit romain et le droit français* (Paris, 1864, 1 vol. in-8°).

la même somme, les deux dettes sont éteintes par compensation dès l'instant où elles coexistent.

380. L'Exposé des motifs nous dira quelle est la théorie du code en matière de compensation et pourquoi il la place parmi les modes d'extinction des obligations. « La libération des deux personnes qui se trouvent débitrices l'une envers l'autre est de plein droit. Elle s'opère par la seule force de la loi, sans qu'il soit besoin de jugement, et même à l'insu des débiteurs. Ils n'ont pas d'autre intérêt que celui d'être respectivement quittes et d'être dispensés d'un circuit de procédure long, inutile et dispendieux. C'est pour atteindre à ce but qu'il est établi que les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant même où elles existent à la fois. » L'une des dettes sert donc à payer l'autre; en ce sens la compensation est un payement qui se fait en vertu de la loi.

Ce mode d'éteindre les dettes a encore un autre avantage. Si l'un des débiteurs pouvait exiger le payement de ce qui lui est dû, sans payer, de son côté, ce qu'il doit, la condition des parties serait inégale, et cette inégalité pourrait devenir très-préjudiciable à celle qui aurait payé sans recevoir ce qui lui est dû; en effet, l'autre partie peut devenir insolvable et, par suite, celle qui reste créancière perdrait sa créance, tandis que l'autre aurait touché la sienne. La compensation prévient ce danger; elle assure l'égalité des deux parties, en éteignant leurs créances à l'instant même où elles coexistent (1).

Enfin la compensation est encore d'intérêt public en ce sens qu'elle rend inutile l'action en justice qu'à défaut de payement chacun des créanciers serait obligé d'intenter. Il suit de là qu'elle est d'intérêt public, puisqu'elle prévient au moins un procès. Dans son origine, la compensation a été une victoire de la royauté et, par suite, de la souveraineté nationale sur la féodalité. Le droit féodal n'admettait pas la compensation, tandis que le droit romain la consacrait, et le droit canonique la lui avait empruntée. De là ce vieil adage : « Compensation n'a point lieu en

(1) Mourlon, t. II, p. 754, n° 1439.

cour laye. » On y suivait comme maxime « qu'une dette n'empêche pas l'autre, » c'est-à-dire que celui qui doit une somme est obligé de la payer au créancier qui le poursuit, sauf, à son tour, à poursuivre le créancier, mais devant le juge de ce dernier. De là la nécessité de deux procès quand aucune des dettes n'était payée volontairement. C'était une singulière justice que celle qui tendait à multiplier les procès et qui se refusait à les prévenir. La raison en est que les nombreuses seigneuries qui se partageaient l'Europe féodale étaient toutes souveraines : « chaque baron est roi dans sa baronnie, » dit Beaumanoir. Ces petits souverains étaient jaloux de leur souveraineté; or, au moyen âge, l'exercice de la justice était presque l'unique marque du pouvoir souverain; on ne faisait pas de lois, les coutumes suffisaient; on n'établissait pas d'impôts, les redevances féodales en tenaient lieu; on n'administrait guère, parce qu'il n'y avait pas d'intérêts généraux à gérer. Les seigneurs tenaient d'autant plus à exercer la justice, qu'ils y avaient aussi un intérêt pécuniaire, puisque la justice était un de leurs revenus; ils s'attribuaient une partie de la valeur des choses qui faisaient l'objet de la contestation; cette partie, dévolue au fisc, s'élevait dans certaines coutumes jusqu'au cinquième. Ainsi les seigneurs avaient un intérêt politique et un intérêt fiscal à juger les procès et, par conséquent, à interdire la compensation.

On a fait honneur au droit canonique d'avoir introduit la compensation dans le droit moderne. Le fait est exact. Mais il faut ajouter que si l'Eglise favorisait la compensation, c'est par ambition pour le moins autant que par amour de l'équité. La compensation lui permettait de juger par voie d'exception et de demandes reconventionnelles les causes des défendeurs : c'était un moyen d'absorber toute la juridiction. Il y avait un pouvoir plus légitime, celui des rois, en tant qu'ils étaient les représentants de la nation. Ils intervinrent dans la lutte, aidés par les légistes romains, ennemis tout ensemble de l'Eglise et de la féodalité. Les rois firent délivrer par leurs chancelleries des lettres de compensation, comme ils délivraient

des lettres de rescision et dans le même but : c'était un moyen d'étendre la juridiction des juges royaux. C'est ainsi que la compensation l'emporta sur la résistance des seigneurs. Elle existait de fait avant la rédaction des coutumes ; les coutumes ne firent que sanctionner cette victoire de la souveraineté nationale sur ses ennemis, la féodalité et l'Eglise (1).

381. Aux termes de l'article 1290, « la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs. » L'article explique comment se fait cette extinction : « les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. » Quand on dit que la compensation opère de plein droit, cela signifie que les parties ne doivent pas la demander en justice. Sans doute, quand l'un des créanciers poursuit son débiteur, celui-ci doit faire connaître au juge que, de son côté, il était créancier et que sa créance a éteint celle du demandeur ; car le juge ne peut pas deviner que le débiteur est créancier. C'est ce que le code appelle *opposer la compensation* (2) ; cela ne veut pas dire que la compensation doit être demandée et que c'est le juge qui la prononce. Quand la partie poursuivie a fait connaître la créance qu'elle oppose en compensation, le juge décide que les deux dettes ont été éteintes de plein droit ; et cette extinction existe, non à partir du jugement, mais dès l'instant où le débiteur est devenu créancier de son créancier, le juge ne fait que la déclarer.

Quel est le fondement de ce principe ? Il s'est introduit dans l'ancien droit par une fausse interprétation des textes romains ; les mots *ipso jure* qu'on y lit ne signifient point que la compensation opère de plein droit, c'était une simple exception que le défendeur devait opposer et que le juge admettait. En quel sens donc les jurisconsultes disaient-ils que la compensation avait lieu *ipso jure* ? La question est encore controversée aujourd'hui (3), ce qui

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 379, nos 356 et 357. Desjardins, p. VI-VIII, et 232 suivantes. Lair, p. 107, 134.
(2) Voyez les articles 1294, 1295, 1296, 1298 et 1299.
(3) Desjardins, *De la compensation*, p. 124 et suiv.

excuse nos anciens auteurs de n'avoir pas saisi le vrai sens de cette expression. Peu nous importe. Le principe est écrit dans notre code, et on peut le justifier. Si l'on admet que la compensation tient lieu de payement, il n'y a pas de raison pour que l'on attende un débat judiciaire pour la prononcer. C'est dans l'intérêt des parties que ce mode de payement a été consacré par le législateur; or, pour qu'il produise toute l'utilité que les parties en peuvent retirer, il faut que la compensation se fasse dès l'instant où il se trouve deux dettes dont l'une peut payer l'autre.

382. Le principe formulé par l'article 1290 a des conséquences très-importantes. C'est la loi qui paye, ce ne sont pas les deux débiteurs; la compensation s'opère même à l'insu des débiteurs, et on peut ajouter malgré eux, puisque c'est par la force de la loi que les deux dettes sont éteintes. Il faut une renonciation au bénéfice de la loi pour que l'extinction n'ait point lieu; nous dirons plus loin quel est l'effet de cette renonciation. Comme les parties intéressées restent étrangères à la compensation, on ne peut pas exiger qu'elles soient capables de payer et de recevoir le payement. La compensation peut donc s'opérer entre personnes incapables (1).

383. L'extinction des dettes par compensation produit le même effet que toute extinction des obligations; la dette principale étant éteinte, les intérêts cessent de courir, mais ils cessent de courir, non du jour où la compensation est opposée en justice; la compensation se faisant dès l'instant où le débiteur devient créancier, c'est de ce moment que les intérêts cessent de courir. De même c'est de cet instant que les accessoires de chacune des créances sont éteints; il ne peut plus y avoir de priviléges, d'hypothèques, de cautionnement, quand il n'y a plus de dette principale; ces garanties s'éteignent de plein droit au moment où les deux dettes compensables coexistent.

384. L'article 1290 dit que les deux dettes s'éteignent jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. Il ré-

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 762, n° 1452 *bis*.

sulte de là que celle des parties dont la créance est la plus forte reçoit un payement partiel. C'est une différence entre la compensation et le payement, quoique la compensation soit une image du payement. La différence s'explique et se justifie. Si le créancier de 20,000 francs, devenu débiteur de 15,000 francs, reçoit un payement partiel de 15,000 francs par l'effet de la compensation, c'est parce qu'il pourrait être contraint de payer ces 15,000 francs, ce qui réduirait en réalité sa créance à 5,000 fr.; d'un autre côté, il peut immédiatement réclamer ces 5,000 fr., il a donc, en vertu de la compensation, le même avantage que lui procurerait le payement intégral de ce qui lui est dû.

385. « Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit pour la compensation les règles établies pour l'imputation par l'article 1256 » (art. 1297). On suppose que les dettes de l'une des parties sont nées au même instant; car si l'une était antérieure à l'autre et si elle réunissait toutes les conditions requises pour la compensation, c'est cette première dette qui se serait trouvée éteinte par la compensation (1). Mais si plusieurs dettes également compensables existent au moment où le débiteur devient créancier, il faut que l'on sache laquelle de ces dettes est éteinte par la compensation, il faut donc qu'il y ait une imputation; or, il ne peut pas s'agir de l'imputation dictée par le créancier et le débiteur, puisque le payement par compensation ne se fait pas par leur volonté, les dettes sont éteintes avant qu'ils aient pu manifester une volonté; puisque c'est la loi qui paye, c'est aussi la loi qui fait l'imputation. On suit donc les règles que l'article 1256 trace dans le cas où il n'y a pas eu de convention sur l'imputation (2).

386. La compensation, quoiqu'elle se fasse de plein droit, doit être opposée par le défendeur. En faut-il conclure que le défendeur doit l'opposer avant toute autre exception? Non, car il ne s'agit pas d'une exception, la

(1) Rejet, 2 mai 1860 (Dalloz, 1860, 1, 104).
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 166 (Locré, t. VI, p. 177).

dette pour laquelle le débiteur est poursuivi est éteinte par la loi; le débiteur peut toujours opposer à l'action du créancier qu'il est libéré. La cour de cassation a jugé, en conséquence, que le défendeur ne doit pas proposer la compensation préalablement à tout autre moyen. Dans l'espèce, le débiteur ne l'avait proposée que subsidiairement; il contestait que son adversaire fût créancier, sa créance ayant, selon lui, été éteinte par le payement qu'un tiers avait fait; subsidiairement, et pour le cas où il serait reconnu qu'il y avait une créance à sa charge, il y opposait la compensation. Rien de plus légitime, puisque aucune loi n'exige que la compensation soit proposée avant toute autre exception, et cela ne résulte pas de la nature de la compensation (1).

La compensation peut même être opposée après le jugement; si donc le créancier veut exécuter le jugement, le débiteur peut arrêter l'exécution en opposant la compensation; car il ne saurait y avoir d'exécution sans dette, et la compensation a éteint la dette de plein droit (2). Il est de principe, dit la cour de Bruxelles, que la compensation ainsi que le payement peuvent être opposés jusque dans une exécution poursuivie en vertu d'un titre exécutoire quelconque. C'est une conséquence du principe que la compensation opère de plein droit l'extinction de la dette, non pas du moment où elle est opposée, mais dès l'instant où les deux dettes ont existé à la fois. Vainement dirait-on que le jugement ayant condamné le débiteur à payer, la chose jugée s'oppose à ce qu'il se prévale de la compensation; le juge a décidé, il est vrai, que le débiteur devait la somme réclamée par le créancier, mais il n'a pas décidé que le débiteur ne peut pas payer sa dette par la voie de la compensation (3). Il va sans dire que si le défendeur avait opposé la compensation dans le cours de l'instance et si le tribunal l'avait rejetée, il y aurait chose jugée, et que par suite le débiteur ne pour-

(1) Rejet, 4 mars 1867 (Dalloz, 1867, 1, 425).
(2) Rejet, 11 ventôse an x (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2738, 2°).
(3) Bruxelles, 10 mars 1814 et 4 décembre 1820 (*Pasicrisie*, 1814, p. 33; 1820, p. 261).

rait plus prétendre que sa dette est éteinte par compensation (1).

Il suit de là que le débiteur peut encore opposer la compensation en appel; le code de procédure le dit formellement (art. 464). Peu importe que la créance nouvelle soit née postérieurement au jugement; à la vérité, la cour d'appel doit, en général, apprécier le jugement eu égard aux faits qui existaient lorsque la décision a été rendue; mais cela n'empêche pas le débiteur de payer en instance d'appel, et compenser c'est payer. Il a même été jugé que la compensation est proposable pour la première fois en appel, bien que la créance opposée en compensation soit supérieure au chiffre de l'action et devienne ainsi la cause d'une condamnation en seconde instance, sans avoir fait l'objet d'une décision en première instance (2). Il y a ici une difficulté de procédure que nous laissons de côté, parce qu'elle n'est pas de notre domaine.

387. La compensation dont parle le code est la compensation *légale;* c'est celle-là qui s'opère de plein droit en vertu de la loi. Il y a encore une compensation dite *facultative;* elle a lieu quand la compensation légale ne peut se faire parce que l'une des conditions fait défaut; si cette condition est établie dans l'intérêt de l'une des parties et qu'elle y renonce, la compensation se fera; elle est facultative, puisqu'il dépend de la partie intéressée de faire qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas compensation. On distingue encore une troisième compensation, que l'on appelle *judiciaire;* elle a lieu lorsque le défendeur fait contre l'action une demande reconventionnelle qui éteindra l'action en tout ou en partie si le juge l'admet.

ARTICLE 1. De la compensation légale.

§ Ier. *Conditions.*

388. Aux termes de l'article 1291, la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes de choses fongibles, et qui

(1) Duranton, t. XII, p. 566, n° 459 et 460.
(2) Cassation, 24 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 1, 31).

sont également liquides et exigibles. Ces conditions résultent de la nature même de la compensation. Les auteurs disent que c'est l'image du payement et qu'elle en tient lieu. Or, le créancier est en droit d'exiger la chose même qui fait l'objet de l'obligation ; pour que sa créance se compense avec la dette qu'il contracte envers son débiteur, il faut que cette dette soit de telle nature, qu'il puisse être contraint de rendre immédiatement comme débiteur ce qu'il recevrait comme créancier. Au moyen âge, quand la compensation n'était pas admise, on disait : Une dette n'empêche pas l'autre. Aujourd'hui, il faut dire : L'une dette paye l'autre. Nous allons voir les conséquences qui dérivent de ce principe.

N° 1. DETTES FONGIBLES.

389. « La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce » (art. 1291). Pourquoi la compensation n'a-t-elle lieu qu'entre deux dettes de choses fongibles? On entend par choses fongibles celles qui, dans le payement ou la restitution qui en doit être faite, peuvent être remplacées par des choses de même quantité, qualité et valeur. Tel est surtout l'argent mentionné par l'article 1291 ; telles sont encore les denrées. Les dettes doivent être de choses fongibles pour être compensables, parce que l'une des dettes paye l'autre ; or, chacun des créanciers a droit à la chose qu'il a stipulée (art. 1243); il faut donc qu'il reçoive par la compensation ce qu'il aurait reçu par le payement, ce qui implique que chacune des dettes soit de choses fongibles ; si je dois 1,000 francs et s'il m'est dû 1,000 francs, ma créance est payée moyennant la dette de 1,000 fr. ; donc je reçois en compensation ce à quoi j'ai droit, une somme de 1,000 francs.

390. Quelles choses sont fongibles? Les choses ne sont pas fongibles de leur nature, comme elles sont consomptibles de leur nature ; la fongibilité dépend de la volonté des parties contractantes. Des choses qui sont, en

général, fongibles peuvent devenir non fongibles si la volonté des parties contractantes est que la chose livrée au débiteur doit être restituée identiquement par lui. Par contre, les choses qui, en général, ne sont pas fongibles peuvent le devenir si les parties le veulent. Des choses certaines et déterminées ne sont pas fongibles, et partant les dettes de ces choses ne sont pas compensables; la raison en est que le créancier qui a stipulé un corps certain a droit à la chose même qui fait l'objet du contrat; on ne peut donc pas, par voie de compensation, lui payer une autre chose : ce serait violer la loi du contrat et l'article 1243 qui la consacre. Bien que cela soit élémentaire, la question a été portée devant la cour de cassation. Sur une action tendante à réclamer des immeubles d'une valeur indéterminée, le défendeur opposa en compensation des sommes que le demandeur lui devait : la cour a décidé que la compensation ne pouvait avoir lieu, celle des parties qui a stipulé des immeubles ne pouvant être forcée à recevoir en payement, par voie de compensation, une somme d'argent. La cour de Lyon avait admis la compensation; son arrêt fut cassé (1).

391. Il ne suffit pas que les choses soient fongibles, la loi veut qu'elles soient de la même espèce (art. 1291). C'est toujours une conséquence du principe qui régit le payement. Quand l'un des deux créanciers a stipulé du vin et l'autre de l'argent, les deux dettes sont de choses fongibles, et néanmoins elles ne sont pas compensables; si la compensation se faisait, celui qui a stipulé du vin serait payé en argent et celui qui a droit à une somme d'argent recevrait du vin, ce qui violerait la loi du contrat et l'article 1243 (2).

392. L'article 1291 admet une exception au principe qu'il établit. « Les prestations en grains ou denrées non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles. » Pour qu'il y ait lieu à l'exception, il faut d'abord

(1) Cassation, 17 août 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2618, 1°).
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 626. Colmet de Santerre, t. V, p. 450, n[os] 242 *bis* II et III.

que les dettes ne soient pas contestées : la loi déroge à l'une des conditions requises pour la compensation, celle qui concerne la fongibilité; mais elle n'entend pas déroger à la condition qui exige que les deux dettes soient liquides, et une dette contestée n'est pas liquide et, par suite, elle est non compensable. Il faut, en second lieu, pour qu'il y ait lieu à l'exception, que le prix des denrées soit réglé par les mercuriales, c'est-à-dire qu'il s'agisse de denrées qui se vendent sur les marchés; le prix auquel elles ont été vendues est officiellement constaté dans des registres qu'on appelle les mercuriales; le mot *fixé* dont le code se sert veut donc dire *constaté;* il n'y a pas d'autorité qui ait le droit de *fixer*, c'est-à-dire de déterminer le prix auquel les denrées doivent être vendues. Cela s'est fait pendant la révolution française, et l'expérience a été malheureuse; c'est d'après l'offre et la demande que les prix doivent se régler, et non d'après une disposition plus ou moins arbitraire de la loi.

D'après l'article 1291, l'exception est limitée au cas où l'une des dettes a pour objet des denrées et l'autre une somme d'argent. Quelle est la raison de cette exception? On dit que les denrées sont assimilées à de l'argent, parce qu'elles sont, en général, destinées à être vendues et qu'on peut s'en procurer quand on veut avec du numéraire (1). La raison ne justifie pas l'exception. Le créancier qui a stipulé des denrées pourrait répondre qu'on déroge à son droit, qu'il avait stipulé les denrées qui lui étaient nécessaires pour sa consommation et que, par suite de la compensation, il reçoit en payement une dette d'argent. Et celui qui, ayant droit à une somme d'argent, reçoit, par la compensation, une dette de denrées peut aussi se plaindre. Pourquoi ne pas maintenir le droit strict de chacun des créanciers? On dit que les parties n'ont pas intérêt à recevoir précisément ce qui leur est dû, parce qu'elles peuvent toujours se procurer de l'argent en vendant les denrées et acheter des denrées avec de l'argent (2). Nous

(1) Duranton, t. XII, p. 504, n° 390
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 454, n° 242 *bis* XII.

pourrions répondre qu'il s'agit non de l'intérêt du créancier, mais de son droit; le créancier peut avoir intérêt à recevoir, en payement de ce qui lui est dû, une autre chose d'une valeur plus grande, et néanmoins il peut la refuser parce que tel est son droit (art. 1243). D'ailleurs celui qui a stipulé de l'argent à un jour donné peut être très-intéressé à recevoir la somme qu'il a stipulée, pour faire de son côté un payement, sauf à payer les denrées dont il a besoin. Pourquoi ne pas maintenir la loi que les parties se sont faite? C'était la doctrine de Pothier, et c'est la bonne (1).

393. Puisque la disposition est exceptionnelle et qu'elle déroge au droit des parties contractantes, on doit la restreindre dans les limites du texte. On suppose deux dettes de denrées dont le prix est constaté par les mercuriales : y a-t-il lieu à compensation? Non, car on n'est pas dans les termes de l'exception, donc c'est la règle qui est applicable. Vainement dit-on qu'il y a même motif de décider; l'argument d'analogie serait décisif s'il s'agissait de l'application d'une règle générale; mais quand il s'agit d'une disposition qui viole la loi du contrat et qui déroge à une condition fondamentale du payement, il n'est pas permis de raisonner par analogie. Nous croyons inutile d'insister le texte et les principes étant décisifs (2).

394. Par la même raison, l'exception doit être limitée aux *prestations* de denrées, c'est-à-dire aux redevances périodiques. C'est l'exemple donné par Jaubert dans son rapport au Tribunat, « Un fermier, dit-il, qui est chargé d'acquitter le prix de son bail en prestations en nature dont le prix est réglé par les mercuriales peut compenser avec une somme que son propriétaire lui doit. » Tel est aussi le sens ordinaire du mot *prestations;* quand un marchand en grains achète des denrées dans un but de spéculation, la dette ne s'appelle pas une prestation. L'esprit de la loi doit écarter, en ce cas, la compensation. Ce serait

(1) Larombière, t. III, p. 631, nº 11 de l'article 1291 (Ed. B., t. II, p. 362).
(2) Les auteurs sont divisés. Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. IV, p. 226, note 4, § 326, et dans Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 455, note 5.



certainement violer l'intention des parties contractantes que de compenser la dette de denrées avec la somme représentant le prix courant des denrées; le créancier a stipulé et il a le droit de recevoir des denrées qu'il compte revendre ailleurs ou plus tard à un prix plus élevé; il a donc droit et intérêt de recevoir des denrées, en payant en espèces ce qu'il doit. La question est cependant controversée (1).

295. L'article 1291 dit que les dettes de denrées *peuvent* se compenser avec des sommes liquides et exigibles. Cela veut-il dire que la compensation est facultative, en ce sens qu'elle n'a lieu que si les parties intéressées la demandent? Non, le code ne parle que de la compensation légale, il ne traite pas de la compensation facultative. Or, c'est immédiatement après avoir établi le principe que la compensation s'opère de plein droit (art. 1290), que la loi admet la compensation des denrées avec de l'argent; c'est donc de la compensation légale qu'il est question dans l'article 1290, comme dans l'article 1291. Quant au mot *peuvent*, il ne se rapporte pas à l'espèce de compensation, puisque la loi ne parle que d'une seule espèce, il concerne les choses compensables : la règle établie par le premier alinéa est que les choses fongibles doivent être de même espèce; de sorte que, d'après cette règle, les dettes de denrées n'auraient pas pu se compenser avec une dette de somme d'argent, tandis que par exception cela se *peut* (2).

296. On a proposé une singulière hypothèse sur l'exception prévue par l'article 1291. J'achète des denrées pour 1,000 francs; je suis créancier de denrées et débiteur d'une somme d'argent; donc, dit-on, ma créance se compense avec ma dette et, par suite, le contrat reste sans exécution. Nous répondons qu'il n'y a pas deux dettes dans ce cas, qu'il n'y en a qu'une et, par conséquent, il ne peut pas s'agir de compensation. Pour qu'il y ait deux dettes, il faut qu'il y ait deux contrats et, dans l'espèce,

(1) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. IV, p. 226, et note 5 du § 326.

(2) Duranton, t. XII, p. 504, n° 390. et tous les auteurs.

il n'y en a qu'un : je suis débiteur de 1,000 francs, mais sous quelle condition? C'est que l'on me livre le grain que j'ai acheté; il n'y a donc qu'une dette (1).

N° 2. DETTES LIQUIDES.

397. Les deux dettes doivent être liquides (art. 1291). Une dette est liquide, dit Pothier, lorsqu'il est constant qu'il est dû et combien il est dû. Jaubert a reproduit la définition dans son rapport au Tribunat (2). Une dette litigieuse n'est pas liquide et ne peut être opposée en compensation. Quand même il serait constant qu'il est dû, tant qu'il n'est pas constant combien il est dû, la dette n'est pas liquide ni, par conséquent, compensable. Pourquoi la loi exige-t-elle que les dettes soient liquides pour qu'elles puissent servir à compensation? C'est une application du principe que la compensation est un payement fictif qui s'opère par la loi. Quand l'existence de la dette est incertaine, il n'y a pas de dette, donc on ne peut payer une dette liquide avec une dette qui n'est pas liquide; ce serait payer une dette avec la prétention d'une dette, ce qui est absurde. On ne peut pas dire d'une dette certaine, mais dont le chiffre est incertain, qu'elle n'existe point, mais il suffit que le montant en soit incertain pour que la compensation soit impossible. En effet, la compensation s'opère de plein droit entre les deux dettes jusqu'à concurrence de leurs *quotités respectives*; il faut donc que la quotité soit connue, sinon on ne sait si les deux dettes sont entièrement éteintes, ou si l'une des dettes n'est éteinte qu'en partie, et quelle est cette partie.

I. *La dette doit être certaine.*

398. Il faut que l'existence de la dette soit certaine. Cesse-t-elle d'être certaine lorsqu'elle est contestée par le débiteur? Pothier répond qu'une dette contestée n'est point liquide, à moins que celui qui l'oppose n'en ait la preuve

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 755, n° 1441 *bis*.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 628. Jaubert, n° 47 (Locré, t. VI, p. 210).

à la main et ne soit en état de la justifier promptement et sommairement. Cela suppose une contestation sérieuse, puisqu'elle oblige le créancier à justifier son droit. Il ne suffit donc pas que le débiteur conteste pour que la dette cesse d'être liquide, il faut, dit un ancien auteur, que la dette puisse être contestée légitimement (1). C'est en ce sens que le rapporteur du Tribunat s'exprime. « Prenons garde, dit Jaubert, que la loi ne dit pas : *également reconnues par les deux parties*. Car si l'une des parties se permettait de faire une mauvaise contestation et de soutenir, contre toute évidence, qu'elle n'est pas débitrice, si le juge voyait clairement que la dette fût certaine, il ne pourrait s'empêcher de déclarer la compensation. Lors donc que la loi exige que les deux dettes soient également liquides, elle n'a entendu exclure que celles qui pouvaient donner lieu à des discussions. » On a très-bien dit que s'il dépendait du créancier d'empêcher la compensation légale, en contestant l'existence de la dette qu'on lui oppose, la compensation cesserait d'être légale et serait subordonnée au caprice de chacune des parties (2).

399. On lit dans un arrêt de la cour de Bruxelles : « La contestation qu'élève le débiteur contre un titre régulier dont l'exécution est réclamée à sa charge ne peut avoir l'effet de rendre illiquide cette obligation, de manière à la rendre non susceptible de compensation. Le seul effet de semblable contestation doit être de faire surseoir à la déclaration de compensation, jusqu'à ce qu'il ait été prononcé par la justice sur le fondement des vices imputés au titre; le système contraire soumettrait la compensation au bon plaisir des débiteurs et fournirait une arme sûre au débiteur insolvable et de mauvaise foi pour se faire payer la créance en empêchant, par une contestation non fondée, d'opposer celle que son débiteur pourrait avoir à sa charge, quelque liquide qu'elle fût (3). »

(1) Argou, *Institutes*, t. II, p. 447.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 451, n° 242 *bis* V.
(3) Bruxelles, 18 février 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 229). Comparez Bruxelles, 25 février 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 340). Rejet, 13 avril 1814 (Dalloz, n° 2610, 1°).

Les juges ont donc, en cette matière, un pouvoir d'appréciation; il leur appartient de décider que la contestation n'est pas sérieuse, et d'admettre, en conséquence, la compensation (1).

400. N'est pas liquide la créance dont la légalité est contestée, car, dans ce cas, l'existence même de la créance est douteuse; un procès doit s'engager sur le point de savoir si la créance a ou non une cause licite, et dès qu'un débat judiciaire est nécessaire, la dette n'est pas liquide (2).

Le débiteur, poursuivi en vertu d'une dette qu'il reconnaît, oppose au demandeur en compensation des dommages-intérêts auxquels il prétend avoir droit; mais le demandeur conteste le principe même des dommages-intérêts réclamés par le défendeur. Il s'agit de l'usage des eaux, réglé par un arrêté administratif; l'une des parties prétend que l'autre a reçu une quantité d'eau plus considérable que celle à laquelle elle avait droit, mais ce fait étant contesté, il y a lieu à procès; donc la dette est litigieuse, loin d'être liquide (3).

Dans l'espèce, il fallait recourir à une expertise pour constater d'abord s'il y avait un fait dommageable, et ensuite quel était le montant du dommage causé; cela suffit pour que la dette soit illiquide; dès que le juge est obligé de nommer un expert pour rechercher et déterminer les sommes que l'une des parties doit à l'autre, cela prouve que la dette n'est pas liquide et ne peut être opposée en compensation. Ainsi jugé par la cour de cassation (4). Elle a jugé aussi que la dette est illiquide quand le tribunal rend un interlocutoire pour établir l'existence de la créance; cependant le premier juge avait décidé que la créance était compensable, la contradiction était patente : l'arrêt a été cassé (5). Il suffit que celui qui oppose la compensation d'une créance qu'il prétend avoir contre le créan-

(1) Bruxelles, 12 janvier 1860 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 355).
(2) Rejet, 1er juillet 1851 (Dalloz, 1851, 1, 192).
(3) Agen, 24 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 2, 189).
(4) Rejet, 21 février 1870 (Dalloz, 1871, 1, 100).
(5) Cassation, 3 février 1819 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2636, 3°).

cier demande à faire preuve de sa créance pour que le juge doive rejeter la compensation, car la preuve nécessitera un débat judiciaire; la créance n'est qu'une prétention aussi longtemps que la preuve n'est point faite, et une prétention ne peut pas compenser une dette certaine (1).

Par la même raison, un prix de vente n'est pas liquide, quoique la vente soit certaine, si le vendeur annonce qu'il va agir en rescision pour cause de lésion. La créance devient par cela même litigieuse, puisqu'elle doit faire l'objet d'un procès; ce qui exclut la compensation (2).

401. Il y a parfois, en cette matière, des décisions qui paraissent contradictoires. Une créance constatée par acte authentique est-elle liquide? cesse-t-elle de l'être, si la validité de l'obligation est contestée? La chambre des requêtes a jugé que la créance n'était pas compensable (3); dans une autre espèce, elle a admis la compensation, parce que la créance était établie par un acte authentique (4). Le pouvoir d'appréciation qui appartient aux juges du fait explique ces contradictions apparentes. Sans doute, foi est due au titre authentique; il y a cependant des cas où l'on est admis à la preuve contraire, sans que l'on doive s'inscrire en faux; donc l'obligation peut être contestée, et si elle l'est sérieusement, la compensation doit être rejetée. Mais la contestation peut aussi ne pas être sérieuse, et il est rare qu'elle le soit lorsqu'il y a un acte authentique, ce qui justifie la décision fondée sur l'authenticité de l'acte.

402. Les obligations respectives du bailleur et du preneur sont souvent l'objet de débats judiciaires en matière de compensation. Il a été jugé que les poursuites dirigées contre le fermier en vertu d'un bail authentique ne pouvaient être arrêtés par la compensation de prétendues améliorations que le fermier aurait faites; pour

(1) Bruxelles, 24 décembre 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 351). Liége, 24 décembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 191).
(2) Cassation, 29 fructidor an VI (Dalloz, n° 2836, 1°).
(3) Rejet, 17 mars 1813 (Dalloz, n° 2636, 2°).
(4) Rejet, 13 avril 1814 (Dalloz, n° 2640, 1°).

constater cette créance, il fallait une expertise, donc un débat judiciaire, partant la dette n'était pas liquide (1). Dans une autre espèce, le fermier réclamait une indemnité pour défaut de réparations. Ici il y avait un motif de douter. Le bail, dit le premier juge, est un titre commun au propriétaire et au preneur : s'il oblige le fermier à payer les fermages, il impose aussi au bailleur l'obligation d'entretenir la chose en bon état de réparations. Cette considération avait engagé le premier juge à admettre la compensation. En appel, la décision fut réformée. Le fermier n'avait demandé d'indemnité pour défaut de réparations qu'à l'expiration du bail; le fait n'était pas même constaté, de sorte que le principe de l'indemnité était douteux, tandis que la créance du propriétaire était authentique. Dès lors la compensation est impossible, dit la cour de Bourges (2). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Rouen : le locataire d'un établissement industriel avait été obligé de chômer, faute de réparations qui étaient à charge du bailleur. « Si, dit l'arrêt, le locataire a contracté l'obligation de payer les loyers, le propriétaire, de son côté, est obligé de faire jouir le locataire; or, pendant six mois la jouissance du locataire a été interrompue; il est incertain si l'indemnité qu'il a réclamée pourra être couverte par les loyers dont il est débiteur; dans cette incertitude, il ne serait pas équitable de lui appliquer le principe qu'il n'y a de compensation qu'entre dettes liquides. La cour de cassation, eu égard aux circonstances de la cause, prononça un arrêt de rejet (3). Dans ce dernier cas, la créance du preneur était certaine, il restait à en déterminer le chiffre : pour cela il fallait une expertise; dans la rigueur du droit, il n'y avait pas lieu à compensation. C'est une décision d'équité. Et en cette matière le juge est un ministre d'équité, comme nous allons le dire en traitant du montant de la créance.

(1) Rennes, 3 janvier 1826 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2637, 1°).
(2) Bourges, 25 novembre 1814 (Dalloz, n° 2637, 1°). Comparez Liége, 10 juillet 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 239).
(3) Rejet, 29 novembre 1832 (Dalloz, n° 2648, 1°).

II. *Montant de la dette.*

403. Le montant de la dette opposé en compensation doit être certain; sinon la dette n'est pas liquide. C'est une règle traditionnelle que les auteurs du code ont maintenue (n° 397). Il n'y a aucun doute quant au principe (1), ce qui n'empêche pas qu'il donne lieu à de nombreux procès. Bien de ces contestations n'auraient pas dû être portées devant les tribunaux. Le mandant peut-il opposer à son mandataire, en compensation de ce qu'il lui doit, la somme dont le mandataire sera redevable en vertu de son compte? Oui, si le compte est rendu. Non, si, comme dans l'espèce jugée par la cour de Bruxelles, le compte n'était pas encore en état d'être réglé (2). Le défendeur oppose en compensation à une dette constatée par un jugement passé en force de chose jugée, une créance dont l'existence est, à la vérité, certaine, mais dont le montant doit être vérifié par l'autorité administrative; cette créance n'était pas liquide et le juge ne pouvait pas même la liquider, donc la compensation était impossible (3).

404. Le juge peut-il admettre la compensation quand la liquidation de la créance est facile? On lit dans l'Exposé des motifs : « Dans plusieurs tribunaux, le désir de prévenir les actions judiciaires avait introduit l'usage de regarder comme liquides des dettes susceptibles d'une facile liquidation; mais il était impossible qu'il n'y eût pas de l'arbitraire. » Bigot-Préameneu ajoute que le code a fait, pour empêcher l'inconvénient des procédures, ce que permet le maintien des *droits* respectifs des deux débiteurs, en décidant que les prestations en denrées se compensent avec des sommes liquides (4). Nous croyons que tels sont les vrais principes. Dès qu'il faut une liquidation, qu'elle soit facile ou non, la créance n'est pas liquide,

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 227, note 9, § 326.
(2) Bruxelles, 19 thermidor an IX (Dalloz, n° 2644, 1°).
(3) Rejet, 6 brumaire an XIV (Dalloz, n° 2644, 2°). Comparez les autres arrêts rapportés au même numéro.
(4) Exposé des motifs, n° 161 (Locré, t. VI, p. 175).

elle ne le sera qu'après la liquidation; jusque-là la compensation légale ne se conçoit point. En effet, compenser, c'est payer; or, conçoit-on que le débiteur paye sans connaître le montant de sa dette? La compensation légale est impossible, elle ne peut être que judiciaire, c'est-à-dire qu'elle n'existera que lorsque le juge aura décidé quel est le montant de la créance.

405. Toutefois l'usage que l'orateur du gouvernement condamne s'est perpétué, et il a passé en jurisprudence; elle admet la compensation des créances qui peuvent être facilement liquidées : ce sont les termes de la cour de cassation (1). D'autres cours disent que la dette est liquide quand la liquidation est prompte et immédiate (2). Voici quelques applications que les tribunaux ont faites de la règle.

La créance d'un médecin pour ses visites est-elle liquide? Oui, dit la cour de cassation, lorsqu'elle n'est pas contestée au fond et que la liquidation ne souffre d'autre retard que celui du règlement à faire par le jury médical (3). Nous comprenons la compensation judiciaire; mais la compensation légale peut-elle se faire de plein droit jusqu'à concurrence de la quotité de la créance, alors que la quotité est incertaine? Dans l'espèce, le médecin réclamait une somme de 659 francs; le chiffre était contesté; ce n'était pas même le juge qui devait le fixer, le règlement dépendait d'un jury médical; ce jury pouvait réduire le mémoire, la quotité était donc incertaine; dès lors la compensation légale n'est pas possible; elle ne le serait que si la loi la permettait; or, le législateur n'a pas sanctionné l'usage qui s'était introduit contrairement aux principes, donc les principes doivent être appliqués dans toute leur rigueur.

Les honoraires d'un avocat sont-ils liquides? Non, dès qu'ils sont contestés. L'usage est de renvoyer le règlement devant le conseil de discipline. Donc le juge n'a pas

(1) Rejet, 22 ventôse an IX (Dalloz, n° 2646, 1°).

(2) Liége, 3 mars 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 48). Comparez Bruxelles, 5 décembre 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 333).

(3) Cassation, 3 février 1819 (Dalloz, n° 2646, 3°).

même le droit de faire une liquidation prompte et immédiate. Il y a un arrêt contraire. Mais, dans l'espèce, on n'alléguait pas que le mémoire de l'avocat fût exagéré, il n'y avait donc pas de contestation, et comme en principe l'avocat est cru sur la fixation de ses honoraires, il n'y avait pas lieu de renvoyer au conseil de discipline (1). C'est un arrêt de circonstances.

Les frais d'acte dus à un notaire sont-ils liquides, tant qu'ils ne sont pas taxés? La question a été décidée en sens divers. Il a été jugé que des frais non taxés ne se compensaient pas de plein droit avec les sommes que le notaire touche pour son client et dont il est comptable envers lui (2). C'est le vrai principe, à notre avis. La cour de cassation, qui a rejeté le pourvoi dans l'espèce, a également rejeté le pourvoi contre un arrêt qui admettait la compensation pour des frais non taxés. Toutefois, dans le second arrêt, la cour a soin de relever les circonstances de la cause, de sorte qu'elle n'entend pas décider la question en principe (3). Mais n'est-ce pas la décider implicitement que d'admettre les circonstances de la cause? N'est-ce pas là ce pouvoir arbitraire que l'orateur du gouvernement repoussait dans l'Exposé des motifs? N'est-ce pas transformer le juge, qui est le ministre de la loi, en ministre d'équité? C'est bien à cela qu'aboutit la jurisprudence; à notre avis, ce n'est pas l'esprit de la loi.

Les frais de justice sont-ils liquides et compensables? Oui, quand ils sont liquidés par jugement. Non, tant qu'ils ne sont pas liquidés. La cour de cassation a cependant admis en compensations des frais de partage, quoique le chiffre ne fût pas mentionné dans la décision du juge; mais il pouvait, dans l'espèce, être déterminé sans difficulté et sans retard par la présentation de la quittance des officiers ministériels qui avaient remis des mémoires *taxés* en vertu desquels ils avaient été soldés (4).

(1) Dijon, 24 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Avocat*, n° 246).
(2) Rejet, 18 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 216).
(3) Rejet, 29 novembre 1852 (Dalloz, 1853, 1, 130).
(4) Rejet, 22 août 1865 (Dalloz, 1865, 1, 358).

Il y avait donc taxe, et des frais taxés constituent une créance liquide.

406. La restitution des fruits consommés se fait en argent, donc en un capital produisant intérêts. Si le même jugement alloue au possesseur des impenses, également évaluées en un capital produisant intérêts, la compensation peut se faire entre les intérêts qui représentent les fruits et les intérêts des avances. Mais comment se fera la compensation? La question est de savoir si la compensation sera calculée d'année en année, moyennant un compte par échelette. Voici l'espèce dans laquelle la difficulté s'est présentée devant la cour de cassation. Un père vend à ses trois fils des terres pour 64,000 francs; les quatre filles en demandent le rapport lors du partage comme contenant une libéralité déguisée. Un arrêt admet la réclamation, fixe à 113,000 francs la valeur des immeubles à rapporter, calcule sur le pied de 3 p. c. les fruits à restituer et autorise les fils tenus au rapport à déduire le montant des impenses à eux allouées avec intérêts à 5 p. c., à partir des époques où elles auraient été faites. Comment devait se faire la compensation des intérêts respectifs que les fils devaient et auxquels ils avaient droit? Il y avait deux modes de calcul. On pouvait faire le compte par colonnes, c'est-à-dire faire d'abord une masse des fruits à restituer, puis une autre masse des impenses et intérêts et déduire cette dernière masse de la première. On pouvait aussi faire le compte par échelette, en imputant annuellement les fruits sur le capital et les intérêts des impenses. Le compte par colonnes laissait intact, jusqu'au jour du rapport, le capital dû aux fils pour impenses, tandis que le compte par échelette le diminuait chaque année; les fils y trouvaient un avantage évident, à raison de l'excédant des intérêts sur les fruits avec lesquels ils devaient entrer en compensation. La cour d'appel décida, contrairement au jugement de première instance, que le compte se ferait par échelette. On doit supposer, dit l'arrêt, que les fils ont vendu les fruits annuellement et que c'est avec le prix que les dépenses-améliorations ont été effectuées. L'équité était

en faveur des cohéritiers; les frères pouvaient-ils s'enrichir aux dépens de leurs sœurs par une jouissance qu'ils devaient à un acte simulé? Sur le pourvoi, il a été jugé que le compte par échelette ne violait aucune règle de la compensation (1).

La cour de cassation a appliqué le même principe à la résolution de la vente pour défaut de payement intégral du prix : l'acheteur devait restituer les fruits et le vendeur la partie du prix qu'il avait touchée avec les intérêts à 5 p. c. Les fruits liquidés, à raison de 3 p. c., ont été compensés avec les intérêts du prix, année par année (2). Il y a un motif de douter. Peut-on dire que des fruits deviennent chaque année liquides avant que la restitution en ait été ordonnée et avant que le montant des restitutions soit fixé? Le calcul par échelette est équitable, mais il nous paraît contraire à la rigueur des principes. C'est une lacune que nous signalons à l'attention du législateur.

N° 3. DETTES EXIGIBLES.

407. La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes également exigibles (art. 1291). Quand une dette est-elle exigible et pourquoi la loi prescrit-elle cette condition pour qu'il y ait lieu à compensation? On entend par dette exigible celle dont le créancier peut exiger le payement sans que le débiteur puisse lui opposer une exception qui détruit l'action. Une dette non exigible ne peut être compensée avec une dette exigible. En effet, le créancier qui a une créance exigible a le droit d'être payé immédiatement; il ne peut donc pas être forcé de recevoir en payement, par voie de compensation, une dette qui ne peut pas encore être exigée de lui; ce serait le forcer à payer une dette non exigible et, par conséquent, violer son droit.

408. Il suit de là que les dettes naturelles ne sont

(1) Rejet, 24 février 1852 (Dalloz, 1852, 1, 41).
(2) Rejet, 8 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 244).

pas compensables, car le créancier n'a point d'action pour en exiger le payement. Dans l'opinion que nous avons enseignée, il y a un motif plus péremptoire encore, c'est que les dettes naturelles n'existent aux yeux de la loi que lorsqu'elles ont été volontairement acquittées, et alors il ne peut être question de les compenser (t. XVII, n° 27). Cela répond à l'objection que l'on peut faire. La compensation, dira-t-on, est un payement, donc les dettes naturelles peuvent se payer par voie de compensation. Il est vrai que la compensation est un payement, mais c'est un payement qui se fait par la loi sans la volonté des parties et même malgré elles ; or, la loi exige le payement *volontaire* de la dette naturelle pour qu'il en résulte une exception. Cela décide la question.

409. Les dettes prescrites sont-elles compensables? A la différence des dettes naturelles, les dettes prescrites donnent une action au créancier, car la prescription n'opère pas de plein droit; le créancier a donc une action contre le débiteur, sauf à celui-ci à opposer l'exception de prescription; cette exception est péremptoire, dès que le débiteur l'invoque, il n'y a plus de créance, donc la compensation est impossible (1).

Que faut-il décider si la prescription n'était pas encore accomplie au moment où l'autre créance est née? Il suffit que pendant un instant la dette non encore prescrite ait coexisté avec l'autre dette pour que la compensation se soit opérée, car elle s'opère de plein droit dès que deux créances compensables coexistent (2).

410. Les dettes conditionnelles ne sont pas exigibles, car le créancier n'a pas d'action contre le débiteur; si celui-ci paye, il peut répéter ce qu'il a payé avant l'accomplissement de la condition. En ce sens, on peut dire que la dette conditionnelle n'existe pas, il est donc impossible qu'elle serve à payer une autre dette (3).

411. Les dettes à terme ne sont pas exigibles tant

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 228, note 12, § 326, et les auteurs qu'ils citent.
(2) Bruxelles, 21 mai 1860 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 382). Duranton, t. XII, 516. n° 408.
(3) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire de Dalloz*, n° 2655.

que le terme n'est pas échu. En ce sens, un vieil adage dit : « Qui a terme ne doit rien. » Il ne doit, du moins, rien pour le moment, donc on ne peut le forcer à compenser une créance sans terme avec une dette à terme, ce serait le faire payer avant le terme, dit le rapporteur du Tribunat (1).

Quand les dettes payables au décès du débiteur deviennent-elles exigibles? Après le décès; donc elles ne peuvent pas se compenser, du vivant du débiteur, avec les créances qu'il aurait contre son créancier (2).

412. « Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation » (art. 1292). Malgré le délai de grâce, la dette est exigible, c'est seulement par un motif d'humanité que l'exécution forcée de l'obligation est suspendue. Comme le dit le rapporteur du Tribunat, le terme de grâce n'ayant d'autre objet que d'arrêter la rigueur des contraintes, ne doit pas être un obstacle à la compensation (3). Ce terme a été accordé au débiteur parce qu'il était hors d'état de payer; le motif cesse lorsqu'il devient créancier et qu'il peut se libérer par le moyen facile de la compensation. Maintenir, en ce cas, le délai de grâce pour arrêter la compensation, ce serait compromettre les droits du créancier : il serait obligé de payer, et quand, à son tour, il réclamerait, à l'expiration du délai que le juge a accordé au débiteur, il risquerait de n'être pas payé (4).

413. D'après l'article 1188, le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite; toutes les créances deviennent alors exigibles. En résultera-t-il que si les créanciers à terme sont débiteurs du failli, la compensation opérera l'extinction de leurs dettes? Non, car si par la déclaration de faillite les créances à terme deviennent exigibles, d'un autre côté cette même déclaration empêche le débiteur failli de payer l'un de ses créanciers au préjudice de la masse; et puisqu'il ne peut pas

(1) Jaubert, Rapport, n° 48 (Locré, t. VI, p. 216). Comparez cassation, 19 mai 1835 (Dalloz, n° 2659. 2°), et 2 juillet 1873 (Dalloz, 1873, 1, 412).
(2) Cassation, 18 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 253).
(3) Jaubert, Rapport, n° 49 (Locré, t. VI, p. 216).
(4) Duranton, t. XII, p. 513, n° 401. Colmet de Santerre, t. V, p. 454, n° 242 *bis* XI.



payer, il ne peut pas compenser. La jurisprudence avait admis ce principe, il a été consacré par la nouvelle loi sur les faillites portée en France et en Belgique. L'article 445 de notre loi (18 avril 1851) reproduit la disposition de l'article 446 de la loi française (28 mai 1838); il interdit tout payement direct ou indirect par voie de compensation, sans distinguer entre les dettes commerciales et les dettes non commerciales (1).

La cour de cassation a fait l'application de ce principe dans une espèce où elle s'est trouvée en désaccord avec une cour d'appel. Il s'agissait d'un marché pour la livraison de 110,000 traverses en bois de chêne; il était stipulé que le prix serait payable au moment de chaque livraison. Les créanciers consentirent à faire des avances au constructeur pour frais d'acquisition et de fabrication; cette créance s'élevait à 9,592 francs au moment où le débiteur tomba en faillite. Les syndics firent livraison de 3,997 traverses qui étaient fabriquées, moyennant dépôt entre leurs mains d'une somme de 8,553 fr. 50 c. à titre de garantie de payement, mais sous la réserve de restitution pour le cas où le prix serait couvert par les avances faites au débiteur. Les créanciers réclamèrent la restitution qui, refusée par le premier juge, leur fut accordée par la cour de Bastia; la cour admit la compensation de ce que les créanciers devaient au failli pour livraison des traverses avec l'avance qu'ils lui avaient faite, avance qui était un payement anticipé. Cette décision a été cassée et elle devait l'être. En effet, le prix n'était exigible que lors de la livraison; or, la livraison s'était faite après la déclaration de faillite, donc à un moment où le prix ne pouvait plus être payé; de là suit que cette dette ne pouvait pas se compenser avec la créance résultant des avances, la compensation ne pouvant pas plus se faire que le payement; la dette était payable intégralement, tandis que la créance était réductible comme les autres au marc le franc (2).

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 228, note 15, § 326. Cassation, 14 mars 1854 (Dalloz, 1854, 1, 132).
(2) Cassation, 9 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 1, 308).

La question s'est présentée de savoir si la compensation était admissible entre deux faillites. Il a été jugé que non, et la décision n'est pas douteuse dès que l'on admet le principe que le failli ne peut pas payer par voie de compensation; il ne peut pas plus payer à un failli qu'à tout autre créancier. Chacune des deux masses exercera donc sa créance contre l'autre, et subira la réduction imposée à tous les créanciers par suite de l'insolvabilité du débiteur (1).

La compensation peut s'opérer, en cas de faillite, quand le failli a obtenu un concordat qui le replace à la tête de ses affaires. Débiteur envers un créancier du dividende fixé par le concordat, s'il devient créancier de son créancier, sa dette s'éteindra par compensation avec sa créance. Cela n'est pas douteux. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour de Rouen, le failli concordataire était de nouveau tombé en faillite; mais cette seconde faillite n'empêchait pas l'effet de la compensation qui s'était opérée de plein droit à un moment où le débiteur concordataire pouvait valablement payer (2).

414. On admet que le débiteur est aussi déchu du bénéfice du terme quand il tombe en déconfiture. Mais il y a une grande différence entre la déconfiture et la faillite. L'état d'insolvabilité d'un non-commerçant n'est pas déclaré par un jugement qui fixe la date à laquelle le débiteur est devenu insolvable et à laquelle toutes les dettes deviennent exigibles. Quoique se trouvant en déconfiture, le débiteur peut payer valablement ses créanciers et, par conséquent, il peut aussi les payer par voie de compensation. Mais quand peut-on dire que le débiteur est déchu du bénéfice du terme? Il ne l'est pas par cela seul qu'il cesse ses payements, il faut que le créancier obtienne contre lui un jugement qui prononce la déchéance du terme; dès ce moment sa créance devient exigible et compensable (3). Ce jugement n'a d'effet qu'à l'égard du

(1) Liége, 26 janvier 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 28).
(2) Rouen, 12 novembre 1853 (Dalloz, n° 2766).
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 218, note 16, § 326. Cassation, 14 mars 1854 (Dalloz, 1854, 1, 132).

créancier qui l'a obtenu, il n'a aucun effet à l'égard des créanciers qui n'agissent point; c'est la conséquence du principe qui régit la chose jugée. S'il en est autrement en cas de faillite, c'est que la loi prescrit des mesures dans l'intérêt commun des créanciers, ce qu'elle ne fait point pour la déconfiture.

415. Le débiteur est encore déchu du bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (art. 1188). Il va de soi que cette déchéance n'a pas lieu de plein droit; il faut que le créancier obtienne un jugement qui déclare le débiteur déchu du bénéfice du terme; la créance ne devient donc exigible et partant compensable qu'en vertu de ce jugement. Seulement, comme tout jugement rétroagit au jour de la demande, la créance devient exigible à partir de la demande tendante à faire prononcer la déchéance du débiteur (1).

416. Y a-t-il lieu à la compensation quand l'une des dettes est sous condition résolutoire? La condition résolutoire n'empêche pas la dette d'être pure et simple quant à son existence et quant à tous ses effets. Il n'y a que la résolution qui soit suspendue. Donc la compensation s'opérera, mais elle sera affectée de la condition résolutoire attachée à la créance; si la condition se réalise, il n'y aura jamais eu de créance, donc il n'y aura pas eu de compensation; le créancier dont la créance avait été éteinte par compensation sera remis au même état que s'il n'y avait pas eu de compensation, car il n'a jamais été débiteur; s'il y avait des garanties attachées à la créance éteinte provisoirement par la compensation, elles subsisteront, l'hypothèque conservera son rang, mais à une condition, c'est que l'inscription soit maintenue et renouvelée, s'il y a lieu. De son côté, le débiteur ne pourra pas demander la radiation de l'inscription, puisque l'extinction de l'hypothèque n'est point définitive (2).

417. L'une des créances est annulable : la compensa-

(1) Duranton, t. XII, p. 519, n° 404.
(2) Toullier, t. IV, 1, p. 291, n° 374. Aubry et Rau, t. IV, p. 229, note 18, § 326.

tion s'opérera-t-elle? On peut répondre oui, en théorie, puisque la dette annulable existe jusqu'à ce qu'elle ait été annulée; et elle n'est annulée qu'en vertu d'un jugement. Si donc le créancier d'une dette liquide et exigible poursuit le débiteur, et que celui-ci lui oppose une dette annulable en compensation, il faut voir si le créancier demande et obtient la nullité de l'engagement qu'il a contracté, ou s'il n'agit point en nullité. S'il n'agit point, la dette, quoique viciée, produira son effet; la compensation s'opérera. Que si le demandeur oppose la nullité et si la nullité est prononcée, l'obligation annulée étant censée n'avoir jamais existé, il n'y aura pas eu de compensation; on appliquera le principe que nous venons de rappeler en parlant des dettes sous condition résolutoire, car l'annulation a, sous ce rapport, le même effet que la résolution (1).

418. Il y a des dettes dont le capital n'est pas exigible, ce sont les rentes perpétuelles : le débiteur n'est tenu que de payer les arrérages. Tant que le payement du capital ne peut être exigé, il ne saurait être question de compensation quant au capital, mais les arrérages sont exigibles au fur et à mesure de leur échéance, et partant compensables. Le capital devient exigible par exception, comme nous le dirons en traitant des rentes; la compensation se fera du jour où le capital sera exigible (2).

N° 4. DETTES PERSONNELLES AUX DEUX PARTIES.

I. *Principe.*

419. L'article 1289 dit que la compensation s'opère « lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre. » Cette disposition est trop vague, elle formule mal un des principes les plus importants en matière de compensation. Il ne suffit pas, pour que la compensa-

(1) Larombière, t. III, p. 642, n° 24 de l'article 1291 (Ed. B., t. II, p. 367). Aubry et Rau, t. IV, p. 229, note 19, § 326.
(2) Liége, 10 janvier 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 1). Duranton, t. XII, p. 517, nos 409 et 410.

tion s'opère, que deux personnes soient débitrices l'une envers l'autre; la caution est débitrice du créancier, et cependant il n'y a pas lieu à compensation quand la caution acquiert une créance contre le créancier (art. 1294, 2e alinéa).

Le principe doit donc être formulé autrement. La plupart des auteurs disent que les créances et les dettes à compenser doivent être personnelles à celui qui oppose la compensation et à celui auquel elle est opposée (1). Cela est aussi trop vague. On peut dire du cautionnement que c'est une dette personnelle à la caution, et cependant elle ne se compense pas avec la créance de celle-ci contre le débiteur principal. De plus il faut remarquer que la compensation, accomplie de plein droit, peut être opposée par des tiers, auxquels les créances et les dettes compensées sont étrangères.

Les éditeurs de Zachariæ ont formulé le principe dans les termes suivants qui rendent parfaitement la pensée de la loi : « Le créancier de l'une des obligations doit être débiteur personnel et principal de l'autre obligation et, réciproquement, le créancier de celle-ci doit être débiteur personnel et principal de celle-là (2). » Nous allons expliquer le principe par des exemples empruntés à la jurisprudence.

420. Il faut que celui qui oppose la compensation soit débiteur de celui auquel il l'oppose. Un tiers peut payer la dette du débiteur; il ne peut pas, pour la payer, opposer la compensation de ce que le créancier lui doit. Il est vrai que compenser, c'est payer, mais c'est un payement fictif; il faut donc que les conditions requises par la loi existent; or, l'article 1289 exige que les deux personnes entre lesquelles la compensation doit s'opérer soient débitrices, et le tiers n'est pas débiteur du créancier qu'il veut payer par voie de compensation; cela est décisif. Par la même raison, le débiteur ne peut pas opposer à son créancier ce que celui-ci doit à un tiers, avec le con-

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 291, n° 375. Duranton, t. XII, p. 523, n° 413.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 229 et note 30, § 326. Desjardins, p. [illegible], n° 107.

sentement de celui-ci : le cas est identique (1). Vainement dit-on que si le créancier, qu'un tiers veut désintéresser par voie de compensation, refuse, le tiers peut immédiatement exiger le payement de ce qui lui est dû, et forcer ensuite le créancier à recevoir cette somme (2). Cela est vrai, mais cela ne répond pas à l'argument qui résulte du texte et de l'esprit de l'article 1289; il s'agit de la compensation légale, et la compensation légale ne se conçoit pas sans qu'il y ait deux personnes débitrices l'une de l'autre. Il n'y a qu'un moyen d'opérer la compensation, c'est que le tiers créancier cède sa créance au débiteur; celui-ci signifiera la cession à son créancier, et dès ce moment il y aura compensation, puisque le débiteur sera devenu créancier de son créancier (3).

421. Les mandataires ou administrateurs des biens d'autrui ont une double qualité : un tuteur peut être créancier de son débiteur de son propre chef et il peut l'être du chef de son pupille. Pourra-t-il opposer en compensation de ce qu'il doit à un tiers ce que ce tiers doit à son pupille? Ou, réciproquement, un tiers, débiteur personnel du tuteur, peut-il opposer en compensation ce qui lui est dû par son pupille? Non, car les deux parties ne sont pas débitrices l'une de l'autre, dans le sens de l'article 1289. Le tuteur est bien débiteur personnel du tiers, mais il n'est pas son créancier personnel, car les créances du pupille ne sont pas les créances du tuteur. De même le tiers est, à la vérité, débiteur personnel du tuteur, mais il n'est pas son créancier personnel, puisque les dettes du mineur ne sont pas les dettes du tuteur (4).

Il a été jugé, par application du même principe, que celui qui doit le prix de marchandises qu'il a achetées à un commissionnaire pour le compte du commettant ne peut opposer à celui-ci la compensation de ce que lui doit le commissionnaire (5).

(1) Liége, 3 août 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 78).
(2) Larombière, t. III, p. 685, n° 18 de l'article 1293 (Ed. B., t. II, p. 382).
(3) Duranton, t. XII, p. 26, n° 17.
(4) Toulouse, 21 juin 1832 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 485, 1°). Duranton, t. XII, p. 527, n°s 417 et 418.
(5) Bruxelles, 27 mars 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 83). Comparez Rejet, 18 décembre 1817 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2693, 1°).

422. Ces principes s'appliquent-ils aussi au mari administrateur légal des biens de sa femme? Il y a quelque incertitude sur cette question dans la doctrine et dans la jurisprudence. Il faut distinguer les régimes sous lesquels les époux sont mariés.

Le régime de séparation de biens ne donne aucun droit au mari sur les biens de sa femme, pas même un pouvoir d'administration. S'il administre, c'est en vertu d'un mandat de sa femme, ce mandat est régi par le droit commun ; donc le mari, simple mandataire, ne peut opposer en compensation de ce qu'il doit à un tiers ce que celui-ci doit à sa femme, car s'il est débiteur, il n'est pas créancier, les créances de sa femme restant la propriété exclusive de celle-ci. Ce principe s'applique aux créances paraphernales de la femme mariée sous le régime dotal, puisque les biens paraphernaux sont régis par les règles de la séparation de biens (1).

Sous le régime de communauté, les créances mobilières de la femme, présentes et futures, entrent dans l'actif de la communauté et deviennent la propriété du mari ; il en est maître et seigneur en tout ce qui concerne le droit de disposition à titre onéreux; il peut donc compenser ses dettes avec les créances de la femme, devenues les siennes. On ne peut pas objecter au mari qu'il est simple administrateur de la communauté, car il en est le propriétaire, donc créancier et, par suite, il peut compenser ses dettes avec ses créances (2).

Mais la femme peut avoir des créances personnelles sous le régime de la communauté : telle serait une donation faite sous la condition que les choses données n'entreront pas en communauté. C'est là le droit commun sous le régime exclusif de communauté, et sous le régime dotal en ce qui concerne les créances dotales. Dans tous ces cas, le mari est simple administrateur, c'est sa femme qui est créancière. Cela n'est pas douteux pour le régime de communauté et le régime exclusif de communauté. Mais

(1) Pothier, n° 632. Bruxelles, 29 juillet 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 164).
(2) Rejet, 11 février 1813 (Dalloz, n° 2683, 1°). Bruxelles, 15 février 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 44). Duranton, t. XII, p. 524, n° 415.



il y a, sinon doute, du moins controverse pour le régime dotal. En droit romain, le mari était le maître de la dot; en est-il de même sous le code civil? La négative nous paraît certaine; le régime dotal laisse à la femme la propriété de tous ses biens, le mari n'en est qu'administrateur et usufruitier; donc c'est la femme qui est créancière des créances dotales, ce n'est pas le mari. Cela décide la question de compensation. Le mari ne peut opposer en compensation de ce qu'il doit à un tiers une créance dotale de sa femme, puisqu'il n'est pas créancier; or, il ne peut s'agir de compensation quand une personne est débitrice sans être créancière. On objecte que le mari n'est pas un simple administrateur, puisqu'il exerce toutes les actions de la femme; or, ayant l'action pour exiger le payement de la créance, il est créancier en ce sens qu'il peut opposer cette action en payement de ce qu'il doit. Ici il y a erreur, à notre avis. Le droit d'agir ne donne pas la propriété du droit qui est réclamé. Cela est d'évidence : est-ce que le mari qui a les actions réelles immobilières devient propriétaire de l'immeuble dotal qu'il revendique? Non, certes. Il ne devient pas davantage propriétaire de la créance mobilière qu'il exerce, car il l'exerce au nom de sa femme; et, n'étant pas créancier, comment pourrait-il opposer la créance en compensation?

Il y a une autre objection qui n'est guère plus solide. Le mari est usufruitier des biens de la femme sous tous les régimes, sauf celui de séparation de biens. Or, l'usufruitier devient propriétaire des choses consomptibles, partant des sommes dotales; donc, dit-on, des créances dotales. C'est confondre le produit de la créance, les deniers que le mari touche, avec la créance; les deniers sont chose consomptible, mais le droit, chose incorporelle, ne se consomme certes pas par l'usage qu'on en fait. Or, c'est du droit qu'il s'agit en matière de compensation, et non des deniers, car il s'agit de savoir si telle créance compense telle autre créance; la compensation prévient le payement réel, la remise des deniers. Il faut donc laisser de côté le quasi-usufruit qui est hors de cause, pour s'en tenir aux principes qui régissent la compensation. Sans

doute, quand la créance est soldée, le mari deviendra propriétaire, en qualité d'usufruitier, des deniers dotaux, mais alors la créance est éteinte par un payement véritable et, par suite, il ne peut plus être question d'un payement fictif par voie de compensation (1).

II. *Conséquences du principe.*

423. Le principe que nous venons d'établir donne lieu à bien des difficultés. Nous commencerons par celles que le code prévoit; les dispositions de la loi nous aideront à résoudre les autres.

La caution peut-elle opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal? Oui, d'après l'article 1294. Il y a à peine un motif apparent de douter. On peut dire que la caution est débitrice et qu'elle n'est pas créancière. Cela est vrai; mais elle n'est que débitrice accessoire; pour qu'il y ait cautionnement, il faut une dette principale; or, lorsque le créancier devient débiteur du débiteur principal, la dette est éteinte par voie de compensation, et lorsque la dette est éteinte, la caution est libérée. Or, la caution peut toujours invoquer l'extinction de la dette pour sa libération, donc on a dû lui permettre d'invoquer la compensation qui éteint la dette (2). Quand nous disons, avec l'article 1294, que la caution peut opposer la compensation, cela ne veut pas dire que la compensation soit facultative. Dès que le créancier devient débiteur du débiteur principal, la dette s'éteint de plein droit et, dès ce moment, l'obligation de la caution s'éteint aussi, car il ne saurait y avoir un instant un cautionnement sans dette principale (3).

424. L'article 1294 ajoute : « Mais le débiteur prin-

(1) Larombière, t. III, p. 624, n° 4 de l'article 1291 (Ed. B., t. II, p. 360). Comparez, en sens contraire, Duranton, t. XII, p. 524, n° 415; Grenoble, 13 décembre 1823 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 3309, 1°); Rouen, 10 mai 1844 (Dalloz, *ibid.*, n° 3309, 3°); Caen, 18 juillet 1854 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2683). Dans le sens de notre opinion, Bastia, 26 février 1855 (Dalloz, 1855, 2, 304).

(2) Duranton, t. XII, p. 531, n° 422. Colmet de Santerre, t. V, p. 461, n° 246 *bis* I.

(3) Marcadé, t. IV, p. 630, n° 1 de l'article 1294.

cipal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. » Ici il y a un motif de douter qui a fait dire que la loi est contraire à la rigueur des principes. La caution est débitrice de la dette principale, puisqu'elle doit la payer quand le débiteur ne la paye pas; si elle devient créancière du créancier, il semble qu'il y a lieu d'appliquer le principe de l'article 1289. Deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre : pourquoi n'y a-t-il pas compensation (1)? La raison en est que l'engagement de la caution n'est qu'accessoire; il en résulte que la compensation ne peut s'opérer de plein droit en vertu de la loi. En effet, le créancier n'a le droit de poursuivre la caution que si le débiteur principal ne paye pas; la caution, alors même qu'elle est poursuivie, peut opposer au créancier le bénéfice de discussion, c'est-à-dire que « la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens » (art. 2021). Donc la caution ne devient réellement débitrice que lorsque le débiteur ne paye pas et qu'il est insolvable; partant, la compensation ne peut s'opérer de plein droit au moment où la caution devient créancière, car elle n'est pas encore débitrice. C'est seulement quand le créancier la poursuit, après avoir discuté le débiteur, qu'elle est tenue de payer; donc c'est alors que la compensation s'opérera, la caution poursuivie ayant incontestablement le droit d'opposer au créancier la créance qu'elle a contre lui. Si la compensation avait lieu de plein droit à l'instant où la caution devient créancière, on obligerait la caution de payer, quoique l'on ne sache pas encore si elle devra payer, on la priverait du bénéfice de discussion. En définitive, on porterait atteinte à ses droits, en l'obligeant à payer par voie de compensation, alors qu'elle ne peut pas encore être obligée de payer directement (2).

425. Le créancier poursuit la caution; celle-ci oppose la compensation sans demander la discussion du débiteur

(1) Mourlon, t. II, p. 768, n° 1455.
(2) Duranton, t. XII, p. 533, n° 425. Mourlon, t. II, p. 768, n° 1455. Colmet de Santerre, t. V, p. 461, n° 246 *bis* II.

principal. On demande si le débiteur principal pourra opposer au créancier la compensation qui s'est opérée dans la personne de la caution? L'affirmative n'est pas douteuse. Du moment que la caution oppose au créancier la compensation, la dette est éteinte, et le débiteur principal peut certainement opposer au créancier que la dette n'existe plus. Vainement opposerait-on l'article 1294 qui ne permet pas au débiteur d'opposer au créancier la compensation de ce que le créancier doit à la caution : cela veut dire, comme nous venons de l'expliquer, que la compensation n'a pas lieu de plein droit; mais une fois que la compensation a été opposée, il en résulte qu'il n'y a plus de dette. La caution qui oppose la compensation paye, puisque compenser, c'est payer; or, le payement fait par la caution libère le débiteur à l'égard du créancier, sauf le recours de la caution contre le débiteur (1).

426. L'article 1294, 3e alinéa, porte : « Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. » Nous avons expliqué cette disposition en traitant de la solidarité (t. XVII, nº 338).

427. La caution solidaire peut-elle, à titre de caution, opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal, en invoquant le premier alinéa de l'article 1294? Ou doit-on lui appliquer, à raison de son engagement solidaire, le troisième alinéa de l'article 1294, en vertu duquel elle ne pourrait pas opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal, son codébiteur solidaire? Il y a un motif de douter, parce que la caution solidaire réunit deux qualités différentes : comme caution, elle est tenue accessoirement, comme débitrice solidaire, elle est tenue principalement; laquelle de ces qualités est décisive quand il s'agit de la compensation? Les principes ne laissent aucun doute. Quand la caution s'engage solidairement, c'est dans l'intérêt du créancier, qui pourra la poursuivre pour le tout, sans qu'elle puisse invoquer les bénéfices de division et de dis-

(1) Duranton, t. XII, p. 534, nº 427.

cussion; mais cet engagement solidaire est étranger au débiteur principal; à son égard la caution, quoique solidaire, reste toujours caution; donc elle doit avoir le droit d'invoquer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal; cette compensation éteint la dette, et l'extinction de la dette éteint le cautionnement même solidaire; quand il n'y a plus de dette principale, il ne saurait y avoir de cautionnement (1).

Les textes du code confirment cette doctrine. D'après l'article 1216, la caution solidaire reste caution à l'égard du débiteur principal, en ce sens que celui-ci est tenu de toute la dette, et doit la payer sans avoir de recours contre la caution solidaire. Donc, quoique solidaire, la caution reste caution à l'égard du débiteur principal, ce qui permet d'appliquer l'article 1294, 1er alinéa. On objecte l'article 2021, qui porte que les effets de l'engagement solidaire de la caution se règlent par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. Cette disposition confirme, au contraire, notre opinion; en effet, de quoi est-il question dans l'article 2021? Des rapports de la caution avec le créancier; il s'agit de savoir si elle peut lui opposer le bénéfice de discussion; la négative est certaine, puisque la caution solidaire est considérée comme débiteur solidaire à l'égard du créancier; mais cela n'empêche pas qu'elle reste caution à l'égard du débiteur principal; or, à ce titre, elle doit être libérée quand la dette principale est éteinte, et elle est éteinte par la compensation. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2).

428. Le créancier vend sa créance. Si le débiteur était créancier du cédant lors de la cession, pourra-t-il opposer la compensation au cessionnaire? En principe, l'affirmative n'est pas douteuse. La compensation s'opère de plein droit à l'instant où les deux dettes se trouvent exister à la fois. Donc si lors de la cession le débiteur est créancier du cédant et que sa créance soit égale ou supé-

(1) Duranton, t. XII, p. 532, n° 423.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 462, n° 246 *bis* IV. Toulouse, 14 août 1818 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2686).



rieure à la dette, celle-ci est éteinte; le créancier cède donc une créance qui n'existe plus, la vente n'a pas d'objet, elle est inexistante; celui qui n'est plus débiteur peut certainement opposer à l'acheteur que la créance qu'il a achetée n'existait pas et, partant, qu'il n'y a ni cession ni cessionnaire.

Il suit de là que si le débiteur devient créancier après la cession, il ne peut plus opposer la compensation. Ce principe reçoit une modification en vertu de l'article 1690. Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation que le débiteur en fait dans un acte authentique. Il résulte de là que la cession n'existe à l'égard du débiteur qu'à partir de la signification ou de l'acceptation: jusque-là le cédant est toujours créancier, le débiteur peut et doit payer entre ses mains; et s'il doit payer, il peut aussi compenser. Donc si, postérieurement à la cession, mais avant la signification ou l'acceptation, le débiteur est devenu créancier du cédant, la dette s'éteindra par compensation. C'est seulement à partir de la signification ou de l'acceptation que la cession existe à l'égard du débiteur; à partir de ce moment il cesse d'être débiteur du cédant, il n'a plus le droit de le payer, donc il ne peut pas le payer par voie de compensation; s'il devient créancier du cédant postérieurement à la signification ou à l'acceptation, il ne peut pas opposer la compensation au cessionnaire, car il est débiteur du cessionnaire, il ne l'est plus du cédant, tandis qu'il est créancier du cédant et il n'est pas créancier du cessionnaire; ce qui rend la compensation impossible, d'après le principe de l'article 1289.

Ces principes résultent de l'article 1289 combiné avec l'article 1690. L'article 1295 les applique en partie, et il y déroge en partie. Il faut distinguer. Si la cession a été signifiée au débiteur, « elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification. » C'est l'application des principes que nous venons de poser. Si le débiteur est créancier au moment de la signification, il peut opposer la compensation au cessionnaire, sa dette

s'est éteinte de plein droit au moment où il est devenu créancier du cédant. Si, au contraire, il n'est devenu créancier du cédant que postérieurement à la signification de la cession, il ne pourra pas opposer la compensation au cessionnaire, car il n'est plus débiteur du cédant. Devenu débiteur du cessionnaire, il ne peut lui opposer la compensation que de ce que le cessionnaire lui doit ou lui devra. Jusqu'ici nous restons sous l'empire des principes généraux.

La loi y déroge si le débiteur a accepté la cession. « Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession que le créancier a faite de ses droits à un tiers ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. » Au moment de l'acceptation, le débiteur était créancier du cédant, la dette était donc éteinte de plein droit par l'effet de la compensation; il accepte, en réalité, la cession d'une créance qui n'existe plus, donc une cession radicalement nulle faute d'objet. L'acceptation aussi devrait être nulle, pour mieux dire, non existante. Elle équivaut à la signification, dans le système du code; c'est un moyen de saisir le cessionnaire à l'égard des tiers, mais il ne peut être saisi que d'une créance existante; si la créance n'existe pas, tout est réduit à néant, il n'y a pas de cession, pas d'acceptation, il y a une créance qui est et qui reste éteinte. La loi décide le contraire : avant l'acceptation, le débiteur, devenu créancier, aurait pu opposer la compensation au cédant, c'est dire que la créance cédée était éteinte; néanmoins l'article 1295 décide que le débiteur ne peut pas opposer la compensation au cessionnaire s'il a accepté la cession purement et simplement. Pourquoi la loi fait-elle, en matière de compensation, une distinction entre l'acceptation et la signification, bien que l'article 1690 mette ces deux actes sur la même ligne?

La dérogation de l'article 1295 s'explique en ce sens que le débiteur renonce tacitement au bénéfice de la compensation en acceptant la cession purement et simplement. Aux termes de l'article 1299, celui qui a droit à la compensation y peut renoncer. En principe, la renonciation

peut être expresse ou tacite, et le code voit une renonciation tacite dans le fait d'accepter purement et simplement la cession. Accepter une cession, c'est supposer qu'il y a une cession; or, la cession n'existe que s'il y a une créance cédée; la créance, quoique éteinte par la compensation, est donc censée subsister, et elle ne peut subsister que si le débiteur renonce au bénéfice de la compensation. Mais pour que l'acceptation vaille renonciation, il faut, dit l'article 1295, qu'elle soit pure et simple, c'est-à-dire sans réserve; si le débiteur, tout en acceptant la cession, réserve ses droits, on ne peut plus dire qu'il renonce à la compensation, car la réserve veut dire qu'il maintient la compensation. Il faut ajouter que l'acceptation, même sans réserve, ne vaudrait pas renonciation si la compensation s'était opérée à l'insu du débiteur, c'est-à-dire s'il ignorait l'existence de la créance qui a éteint sa dette à son insu. Il ne peut pas y avoir de renonciation là où il n'y a pas volonté de renoncer, et pour que la volonté de renoncer existe, il faut que l'on ait connaissance du droit auquel on renonce. Si le débiteur ignorait qu'il fût créancier, on ne peut pas induire de son acceptation qu'il a renoncé à des droits dont il ignorait l'existence (1).

Quand y a-t-il acceptation? Faut-il nécessairement qu'elle soit authentique, comme le suppose l'article 1690? Nous renvoyons la question au titre de la *Vente*, où est le siége de la matière.

Quel est l'effet de la renonciation qui résulte de l'acceptation pure et simple de la cession? Nous répondrons plus loin à la question en traitant de la renonciation à la compensation (n[os] 466 et 467).

429. Un créancier du créancier pratique une saisie-arrêt entre les mains du débiteur. Celui-ci peut-il opposer au saisissant ce que lui doit le débiteur saisi? Il faut distinguer. Si le tiers saisi était créancier avant la saisie-arrêt, la dette sera éteinte par la compensation qui s'opère de plein droit; celui entre les mains duquel la saisie a été

(1) Comparez Mourlon, t. II, p. 768, n° 1457; Colmet de Santerre, t. V, p. 463. n° 247 *bis* I, II et III. Riom, 12 mai 1815 (Dalloz, n° 2697).

pratiquée peut donc dire au saisissant qu'il a saisi-arrêté une créance qui n'existait plus, c'est-à-dire que la saisie est inexistante comme étant sans objet. On suppose naturellement que la créance opposée en compensation réunissait toutes les conditions pour être compensable avant la saisie-arrêt; si elle n'est devenue liquide ou exigible qu'après la saisie-arrêt, on rentre dans une autre hypothèse, celle qui est prévue par l'article 1298 ; la compensation ne pourra plus se faire (1).

« Si le débiteur est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, il ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation. » Quel est le motif de cette disposition? La loi elle-même en indique un : « La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. » Il y a droit acquis au créancier saisissant, non en ce sens qu'il acquière un droit sur la créance par la saisie qu'il en fait ; la saisie-arrêt n'opère pas novation (n° 300); le débiteur saisi reste créancier, le tiers saisi peut payer entre ses mains, et il se libère valablement à son égard; mais la saisie donne un droit au créancier en ce sens que le débiteur ne peut plus payer au préjudice de la saisie-arrêt. L'article 1298 applique le même principe à la compensation. Celui qui ne peut pas payer ne peut pas compenser, car compenser, c'est payer. Donc le tiers saisi ne peut pas plus compenser au préjudice des saisissants, qu'il ne peut payer à leur préjudice (2). On peut aussi rattacher la disposition de l'article 1298 au principe de l'article 1289. Le tiers saisi est débiteur et il reste débiteur de son créancier, mais en un certain sens il devient débiteur des saisissants; c'est même là la réalité, car si la saisie est valable, le tiers saisi sera condamné à payer entre les mains des saisissants; dès lors il ne peut pas y avoir compensation entre le débiteur et son créancier, car il n'est plus son débiteur, puisqu'il doit payer à un autre qu'au créancier (3).

(1) Duranton, t. XII, p. 552, n° 442. Amiens, 10 mai 1822 (Dalloz, au mot *Saisie-arrêt*, n° 351). Cassation, 28 février 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2758).

(2) Rejet, 14 février 1810 (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 457).

(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 468, n° 250 *bis* II.

Il se peut que la créance saisie soit supérieure au montant de la créance pour laquelle la saisie est pratiquée : la compensation pourra-t-elle se faire pour l'excédant? La question revient à savoir si le tiers saisi peut payer cet excédant à son créancier, sans être tenu à l'égard des créanciers saisissants au cas où ce payement leur préjudicierait. Nous avons répondu ailleurs à la question : le tiers saisi ne peut pas payer cet excédant au préjudice des créanciers saisissants, donc il ne peut pas compenser (t. XVII, n[os] 551 et 552).

Pour que la compensation puisse se faire en cas de saisie-arrêt, il faut que la saisie soit déclarée nulle ou que les créanciers en donnent mainlevée. Dans ces cas, la saisie est censée n'avoir pas existé, par conséquent la compensation s'opérera, d'après l'article 1290, de plein droit, à partir du moment où le débiteur sera devenu créancier de son créancier (1).

Quoique le tiers saisi ne puisse pas se prévaloir de la compensation contre les saisissants, il a cependant un moyen de sauvegarder les droits que lui donne sa créance. La saisie-arrêt fait craindre l'insolvabilité du débiteur saisi ; il importe donc au tiers saisi de veiller à la conservation des droits qu'il acquiert contre lui. On admet, et avec raison, qu'il peut pratiquer une saisie-arrêt ; il devra, à la vérité, faire une saisie sur lui-même, mais aucun principe ne s'y oppose : il participera ainsi à la distribution qui se fera entre tous les créanciers saisissants sur le produit de la créance (2).

430. La compensation se fait-elle entre les créanciers d'une société et les dettes particulières de l'un des associés ou *vice versâ* entre les dettes de la société et les créances d'un associé? Il faut distinguer. Si la société forme une personne morale distincte de la personne des associés, le principe de l'article 1289 s'oppose à la compensation ; la société est créancière du tiers, mais elle n'est pas sa débitrice ; il n'y a pas deux personnes débi-

(1) Bordeaux, 14 avril 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2710).
(2) Duranton, t. XII, p. 553, n° 443, et tous les auteurs.

trices l'une envers l'autre, partant la compensation ne peut se faire. Reste à savoir quelles sociétés sont considérées comme des personnes civiles. On admet généralement que les sociétés commerciales constituent une personne morale, distincte des associés. Quant aux sociétés civiles, la question est controversée; nous l'examinerons au titre de la *Société*. Les auteurs diffèrent naturellement d'avis quant à la compensation, selon qu'ils considèrent ou non les sociétés civiles comme des personnes distinctes (1).

Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles qui consacre formellement cette distinction. Dans l'espèce, il s'agissait d'une société en participation; les intéressés soutenaient qu'ils étaient en société et que le débiteur d'une société ne pouvait pas opposer en compensation ce que lui devait l'un des associés. La cour répond que le principe n'est vrai que pour les sociétés qui forment une personne morale ayant une existence propre, distincte de la personnalité des associés et dont les intérêts ne se confondent pas avec les intérêts individuels de leurs membres. Or, les associations en participation n'ont point ce caractère; formées pour une ou plusieurs opérations de commerce particulières et déterminées, elles n'ont pas de raison sociale et n'agissent que par leurs membres individuellement; il suit de là que les engagements que les associés contractent avec les tiers ont un caractère personnel, et ne lient que ceux des associés qui ont contracté sans aucune solidarité. La conséquence est évidente : les associés étant codébiteurs solidaires, le tiers débiteur pouvait compenser sa dette avec sa créance (2).

La cour de cassation a également consacré le principe que le débiteur d'une société commerciale ne peut compenser sa dette contre une créance qu'il a, non contre la société, mais contre l'un des associés personnellement.

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 230, note 22, § 326. Rejet, 1er août 1821 (Dalloz, n° 2716). Rejet, 19 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 25). Toulouse, 15 janvier 1833 (Dalloz, au mot *Acte de commerce*, n° 383).

(2) Bruxelles, 7 juillet 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 419).

Dans l'espèce, la régie de l'enregistrement était débitrice envers la société d'une somme indûment perçue et partant sujette à restitution. Mais l'administration prétendait compenser sa dette avec une créance plus forte qui lui était due sur le même acte à un autre titre; l'un des associés, selon elle, ayant acquis la propriété d'une moitié de l'usine destinée à l'exploitation de la société, il lui était dû, de ce chef, un droit de mutation s'élevant à une somme bien supérieure à celle dont on lui demandait la restitution. Le jugement attaqué avait admis la compensation; la cour de cassation la repoussa, par la raison que la régie était débitrice de la société et créancière d'un associé; or, la société commerciale étant un être moral distinct des associés qui la composent, n'était pas la même personne que l'associé commanditaire débiteur de la régie; de là suit qu'il n'y avait pas lieu à compensation. La régie faisait une objection très-sérieuse, mais comme elle concerne exclusivement le droit fiscal, nous la laissons de côté; le principe formulé par l'arrêt n'en est pas moins incontestable (1).

Faut-il admettre une exception à ce principe lorsque les associés sont solidaires? Il a été jugé, dans une espèce où la société formait un être moral distinct de la personne des associés, que l'associé solidaire pouvait opposer au créancier de la société, qui était en même temps son créancier personnel, la compensation jusqu'à concurrence de ce dont la société était débitrice. La cour dit que la compensation ne peut faire aucun tort aux autres associés, puisqu'il n'en peut résulter pour eux d'autre conséquence que d'avoir l'un de leurs associés pour débiteur, au lieu de se trouver en présence d'un étranger (2). A notre avis, la décision est très-douteuse; avant d'examiner si la compensation est ou non préjudiciable, il faut voir si elle est légale; or, dès que la société forme une personne morale, l'associé ne se confond pas avec elle, quoiqu'il soit solidaire; dès lors le principe de l'article 1289 fait obstacle à la compensation.

(1) Cassation, 14 mars 1860 (Dalloz, 1860, 1, 171, et la note).
(2) Paris, 8 mai 1850 (Dalloz, 1850, 2, 188)

431. La communauté est une société civile; dans notre opinion, elle ne forme pas une personne morale. Toutefois, elle a un patrimoine, actif et passif, distinct du patrimoine personnel de chacun des époux. De là suit que les époux peuvent être créanciers de la communauté et débiteurs; s'opère-t-il, dans ce cas, une compensation des dettes et des créances? L'affirmative est certaine, pourvu que les dettes et créances réunissent les conditions prescrites par l'article 1291, c'est-à-dire qu'elles aient pour objet des choses fongibles et qu'elles soient également liquides et exigibles. C'est sur ce dernier point qu'il s'élève une difficulté qui touche à une question très-controversée : la nature des indemnités dues à la femme et des prélèvements qu'elle exerce. Aux termes de l'article 1470, la femme a droit de prélever le prix de ses immeubles aliénés pendant la communauté et dont il n'a pas été fait remploi, ainsi que les indemnités qui lui sont dues par la communauté. L'article 1471 porte que la femme exerce ses prélèvements sur l'argent comptant, puis sur le mobilier et subsidiairement sur les immeubles, dont elle a le choix. La créance de la femme est-elle compensable? Un premier point est certain, c'est que la compensation équivalant au payement, il y a lieu à compensation si l'époux reçoit un payement proprement dit, à titre de créancier, et s'il est en même temps débiteur. Mais on conteste précisément, en ce qui concerne les reprises des époux, qu'ils les exercent à titre de créanciers; on prétend que la femme agit comme propriétaire. La jurisprudence s'est prononcée contre cette opinion; nous y reviendrons au titre du *Contrat de mariage*; à notre avis, la femme est créancière et créancière d'une somme d'argent, aussi exerce-t-elle d'abord ses reprises sur l'argent, dès lors le payement peut aussi et doit se faire par voie de compensation; peu importe qu'à défaut d'argent comptant la femme ait droit de se payer sur le mobilier et sur les immeubles; le mode de payement ne change pas la nature de la créance; et quand la compensation est invoquée, il ne s'agit plus de prélever des objets mobiliers ou immobiliers, puisque la

créance de la femme s'est éteinte par voie de compensation, elle a été payée; car, compenser, c'est payer (1).

432. Quand une succession est acceptée purement et simplement, la compensation s'opère d'après le droit commun. L'héritier pur et simple continue la personne du défunt, il est donc créancier et débiteur quand le défunt était créancier ou débiteur; si, de son côté, il est débiteur ou créancier de celui qui est créancier ou débiteur de la succession, la compensation s'opère, la succession n'étant pas une personne morale, distincte de l'héritier. Seulement si l'héritier ne vient pas seul à la succession, les créances et les dettes se divisent entre les successibles et, par suite, la compensation ne s'opère que jusqu'à concurrence de la part héréditaire de l'héritier débiteur ou créancier. Cela est élémentaire (2).

Mais si l'héritier est débiteur envers la succession, peut-il compenser cette dette avec la créance personnelle qu'il a contre un cohéritier? L'article 1289 répond à la question. L'héritier, débiteur de la succession, n'est pas créancier de la succession, puisque nous supposons que la créance qu'il a contre un cohéritier est étrangère à l'hérédité; il n'y a donc pas deux personnes débitrices l'une de l'autre, donc il n'y a pas lieu à compensation (3).

433. Que faut-il décider si la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire? L'acceptation bénéficiaire n'empêche pas l'héritier d'être le représentant du défunt; il exerce les droits du défunt comme créancier, il est aussi tenu des dettes du défunt jusqu'à concurrence des biens qu'il recueille. Il en résulte que le principe de la compensation reçoit une modification. La quotité de ce que l'héritier bénéficiaire doit supporter dans les dettes dépend de son émolument; cet émolument n'est liquide que lorsque la succession est liquidée, jusque-là il ne peut pas s'agir de compensation de plein droit; la dette de l'héritier ne devient compensable que lorsque la liqui-

(1) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 17 décembre 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 1. 240).
(2) Toullier, t. IV, 1, p. 296, n° 380. Duranton, t. XII, p. 530, n° 421.
(3) Rejet, chambre civile, 29 novembre 1852 (Dalloz, 1852, 1, 326).

dation est terminée (1). Mais l'héritier peut ne pas invoquer le bénéfice d'inventaire, il peut y renoncer; dans ce cas, la compensation s'opérera, mais elle sera facultative, car elle dépend de la renonciation de l'héritier; il ne peut être question de compensation légale, puisque le bénéfice d'inventaire la rend impossible, la part contributoire de l'héritier dans les dettes n'étant pas certaine (2).

Il y a quelque difficulté lorsqu'un tiers est tout ensemble créancier et débiteur d'une succession bénéficiaire, en ce qui concerne le payement et, par suite, la compensation. Nous y reviendrons plus loin.

434. A partir de quel moment la compensation s'opère-t-elle quand un héritier est débiteur et créancier? La difficulté est de savoir s'il faut appliquer à la compensation le principe établi par l'article 883 sur l'effet rétroactif du partage. Il a été jugé que l'article 883 est applicable. Dans l'espèce, il était dû à l'un des héritiers, du chef d'arrérages de la dot constituée par le défunt, une somme de 18,000 francs, ainsi liquidée par jugement du 25 juin 1859 : l'époux devait le rapport à la succession d'une somme de 20,000 francs qu'il avait reçue à compte du capital de la dot; il demanda que sa créance de 18,000 francs fût compensée avec sa dette de 20,000, à partir du 3 septembre 1848, date de l'ouverture de la succession. D'après le droit commun, la compensation n'aurait pas pu se faire, puisque la créance de 18,000 fr. n'était devenue liquide qu'en vertu du jugement du 29 juin 1859, tandis que la dette était exigible dès le 3 septembre 1848. La cour de cassation répond que la question ne doit pas être jugée d'après les règles ordinaires de la compensation légale, qu'il faut appliquer les règles spéciales aux partages et liquidations de succession. Or, d'après l'article 828, les comptes que les copartageants se doivent constituent l'une des opérations préliminaires

(1) Duranton, t. XII, p. 531, n° 421. Comparez Larombière, t. III, p. 627, n° 7 de l'article 1291 (Éd. B., t. II, p. 361).

(2) Lyon, 28 mars 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2679). Toullier, t. IV, 1, p. 296, n° 380.



du partage; il faut donc appliquer aux comptes ce que l'article 883 dit de l'effet déclaratif du partage, car cette disposition est générale, absolue, et s'étend à toutes les opérations du partage. Il suit de là que les comptes à régler entre les copartageants doivent, comme le partage lui-même, remonter à la date de l'ouverture de la succession et que c'est à cette date que l'on doit se reporter pour déterminer, toute compensation ou balance faite entre ses créances actives et passives, quelle sera la somme dont chaque cohéritier se trouve créancier ou débiteur envers la succession (1).

Cet arrêt tranche d'une manière trop absolue, nous semble-t-il, une question très-controversée et très-douteuse. Nous l'avons examinée ailleurs (2); il s'agit de savoir si le principe de l'article 883 est général et doit être appliqué dans toutes ses conséquences. A notre avis, la disposition ne peut pas recevoir son application lorsqu'elle se trouve en conflit avec d'autres principes. C'est une fiction qui a un objet spécial; quand la question concerne le but dans lequel le législateur a établi le principe du partage déclaratif, l'article 883 est applicable. Mais lorsque la question est étrangère aux motifs pour lesquels le législateur a décidé que le partage est déclaratif de propriété, il faut s'en tenir aux principes particuliers qui régissent le procès litigieux. Dans notre espèce, il s'agit de savoir si la compensation peut rétroagir, en ce sens qu'elle s'opère entre deux créances dont l'une est liquide et exigible, tandis que l'autre n'est ni liquide ni exigible. Ce serait une dérogation aux principes de la compensation; pour mieux dire, ce serait une étrange fiction que celle qui admettrait qu'une créance a été liquidée le 3 septembre 1848, alors qu'elle ne l'a été que le 29 juin 1859; déduire une fiction d'une autre fiction, cela est contraire à tout principe, car il est de l'essence des fictions qu'elles doivent être strictement circonscrites dans les limites de la loi. A notre avis, le

(1) Cassation, 28 février 1866 (Dalloz, 1866, 1, 125).
(2) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 453, nos 415 et suiv.

principe de la compensation doit l'emporter sur la fiction du partage déclaratif.

435. L'adjudicataire de meubles vendus publiquement par le ministère d'un officier public peut-il compenser son prix avec ce que le propriétaire lui doit? Si la question pouvait être décidée d'après les principes, l'affirmative ne serait pas douteuse; en effet, le prix est dû au vendeur, donc au propriétaire; l'adjudicataire et le propriétaire sont donc réciproquement débiteurs l'un envers l'autre, ce qui décide la question. Elle a été jugée néanmoins en sens contraire par la cour de cassation dans le cas d'une vente volontaire. La cour invoque l'article 625 du code de procédure, aux termes duquel les commissaires priseurs et les huissiers sont personnellement responsables du prix des adjudications. Elle en conclut que l'officier public est débiteur personnel du vendeur et créancier direct des acquéreurs; d'où suit naturellement que l'adjudicataire n'est pas débiteur du vendeur, et, par suite, que la compensation ne peut se faire (1). La conséquence nous paraît forcée et douteuse. Dire que l'officier public qui fait une vente mobilière est responsable du prix, ce n'est pas transporter sur sa tête la créance du vendeur et si le vendeur reste créancier, l'adjudicataire reste débiteur du vendeur, ce qui rend applicables les principes de la compensation.

436. L'avoué obtient la distraction des dépens à son profit (art. 133, code de proc.). Est-ce une créance personnelle contre la partie condamnée? L'affirmative est de jurisprudence. Il en résulte que la partie gagnante ne peut pas opposer la compensation de ce qui lui est dû par la partie adverse; elles ne sont pas débitrices l'une envers l'autre, donc la compensation ne peut pas se faire en vertu du principe de l'article 1289. Nous reproduisons les motifs d'un arrêt de la cour de Paris qui l'a jugé ainsi. La distraction des dépens est prononcée au profit de l'avoué qui affirme avoir fait la plus grande partie des

(1) Rejet, 6 novembre 1860 (Dalloz, 1860, 1, 83). Nancy, 28 août 1869 (Dalloz, 1871, 2, 211).

avances. C'est une créance propre et personnelle de l'avoué; la taxe est poursuivie et l'exécution délivrée en son nom. La loi a en vue, dans un intérêt public, d'encourager les avoués à faire les avances nécessaires pour l'instruction des affaires qui concernent souvent des parties dont les ressources sont insuffisantes; la distraction des dépens est donc tout ensemble une garantie pour l'avoué et une mesure favorable à la partie gagnante. Pour que ce but soit atteint, il importe que l'avoué ait une créance personnelle et que la partie gagnante ne puisse pas empêcher l'effet de la distraction en opposant la compensation (1). Cela est fondé en équité. Mais ne faudrait-il pas une disposition de la loi pour que la compensation n'ait pas lieu? Est-il vrai de dire, comme le fait la cour de Paris, que la créance des dépens n'a jamais résidé sur la tête de la partie gagnante? et si elle a résidé sur sa tête, la compensation ne s'est-elle pas opérée de plein droit?

N° 5. A QUELLES DETTES S'APPLIQUE LA COMPENSATION?

437. Quand les deux créances réunissent les qualités que nous venons d'exposer, la compensation s'opère de plein droit, quelles que soient les deux dettes. Toute créance est compensable, sauf les exceptions que nous ferons connaître plus loin. « Il n'est pas nécessaire, dit l'Exposé des motifs, que les deux dettes aient une cause semblable. Ce n'est pas la cause de la dette que l'on considère, on n'a égard qu'au payement réciproque qui en est la fin et pour lequel il y a un droit égal. » Il a été jugé, par application du principe, que les arrérages d'un douaire peuvent se compenser avec des loyers (2).

L'application a soulevé une difficulté sérieuse. L'État était créancier de deux entrepreneurs du chef de travaux inexécutés, à raison de deux entreprises ayant un objet

(1) Paris, 15 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 1 et la note). Larombière, t. III, p. 627, n° 8 de l'article 1291 (Ed. B., t. II, p. 361).
(2) Rejet, 22 février 1830 (Dalloz, au mot *Compte*, n° 130). Comparez Bastia, 26 février 1855 (Dalloz, 1855, 2, 304).

différent, et il était leur débiteur pour ces travaux, de sorte que la créance et la dette procédaient de causes diverses. En résultait-il qu'il y avait des personnes différentes et que, par suite, la compensation ne pouvait se faire? La cour d'Aix l'avait jugé ainsi. D'abord, dit-elle, les entrepreneurs étaient agents de trois compagnies différentes, puis les travaux étaient faits par des administrations différentes; compenser, ce serait confondre des services divers, des allocations diverses et jeter le désordre dans l'administration publique. La cour de cassation répond que l'Etat n'a pas traité avec des compagnies, mais avec deux entrepreneurs et que l'Etat est toujours la même personne morale, que l'État débiteur pour tels travaux n'est pas une personne différente de l'Etat créancier pour d'autres travaux. En définitive, les personnes étaient les mêmes, la cause des créances et des dettes seulement était différente, mais cela n'empêche pas la compensation (1).

438. Que faut-il décider si la cause de l'une des dettes est illicite? Il va sans dire que cette dette ne peut pas servir à compensation, puisqu'elle n'existe pas : l'article 1131 dit qu'elle ne peut avoir aucun effet. Mais la question a encore une autre face. Ce qui a été payé en vertu d'une obligation sur cause illicite doit être restitué, voilà une dette qui peut s'éteindre par compensation. Il y a cependant un motif de douter, pour mieux dire, un danger : c'est que l'on ne cherche à valider l'obligation par la voie de la compensation. Il est certain qu'aucune confirmation, aucune transaction ne peut confirmer une obligation inexistante; c'est au juge à voir si la compenpensation est réelle ou si elle est frauduleuse; la fraude fait toujours exception, et le juge doit frapper de nullité tout ce qui se fait en fraude d'une loi d'ordre public. Mais si la compensation est réelle, bien loin de faire fraude à la loi, elle répare le fait illicite, puisque compenser, dans l'espèce, c'est restituer ce qui a été indûment payé. La cour de cassation l'a décidé ainsi en matière de vente

(1) Cassation, 12 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2673).

d'office. Le notaire vendeur avait reçu une augmentation du prix stipulé dans l'acte public pour la cession de son office, la convention secrète était radicalement nulle comme illicite; il y avait donc lieu de restituer la somme indûment reçue; il a été jugé que la restitution pouvait se faire par voie de compensation (1).

439. La nature du titre des deux créances compensables est indifférente; une dette constatée par acte sous seing privé peut se compenser avec une dette constatée par acte authentique; la loi n'exige pas l'identité du titre, et il n'y avait aucune raison de l'exiger. Il est vrai que l'un des titres est exécutoire et que l'autre ne l'est pas; mais si la dette dont le titre n'est pas exécutoire est néanmoins liquide, peu importe qu'elle soit ou non d'une exécution forcée; la compensation diffère sous ce rapport du payement, elle se fait par la loi, donc sans que le créancier ait besoin de recourir à une voie quelconque d'exécution (2).

Il a été jugé, par application de ce principe, que la compensation s'opère entre une créance chirographaire et une créance hypothécaire. Cela n'est pas douteux quand la dette garantie par l'hypothèque est une dette personnelle à celui qui détient l'immeuble hypothéqué : les garanties qui assurent le payement d'une dette sont étrangères à la compensation, en ce sens qu'une dette sans garanties accessoires se compense avec une dette munie de garanties personnelles ou réelles. Mais, dans l'espèce, la dette était celle d'un tiers, le détenteur de l'immeuble hypothéqué était tiers détenteur (3). Peut-on dire que cette dette soit compensable? Que le tiers détenteur poursuivi par le créancier hypothécaire puisse lui opposer en compensation ce que le créancier lui doit; cela n'est pas douteux, car il a le droit de payer (article 2168 et art. 98 de la loi hypothécaire belge); et compenser, c'est payer. Mais la question est de savoir si la compensation est légale: s'opère-t-elle de plein droit?

(1) Rejet, 30 janvier 1860 (Dalloz, 1860, 1, 306).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 231, note 28, et les autorités qu'ils citent.
(3) Bourges, 20 décembre 1871 (Dalloz, 1872, 2, 171).

A notre avis, non, par la raison que le tiers détenteur n'est pas débiteur personnel; le créancier hypothécaire n'a aucune action contre lui, il peut seulement poursuivre l'immeuble qui lui est hypothéqué, et, sur cette poursuite, le tiers détenteur n'est pas obligé de payer la dette, il n'est tenu qu'à une chose, à se laisser exproprier. L'une des conditions requises pour qu'il y ait compensation manque donc, l'existence d'une dette exigible.

440. « Lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise » (art. 1296). Cette disposition déroge en un certain sens aux principes généraux de la compensation. S'il s'agit de dettes d'argent, l'une payable à Paris, l'autre à New-York, les deux dettes, quoique du même chiffre, peuvent différer de montant à raison de ce que la loi appelle les frais de remise. L'argent est une marchandise dont le prix varie, dans les divers lieux, d'après l'offre et la demande. Cette différence de valeur qu'a l'argent sur les diverses places s'appelle le change, ou droit de remise de place en place; c'est une valeur variable, donc non liquide et, par suite, il faudrait décider, d'après la rigueur des principes, que la compensation ne peut se faire de plein droit, car on ne sait pas, au jour où les deux dettes coexistent, quel en est le montant exact, on ne le saura que lorsqu'on connaîtra le change et moyennant un calcul. C'est parce que ce calcul est très-simple que la loi a décidé que la compensation s'opérerait entre les deux dettes, sauf à régler ensuite la somme à laquelle a droit celle des deux parties dont la dette est payable au lieu où l'argent est le plus cher (1). C'est évidemment la partie en faveur de laquelle existe la différence du cours du change qui a droit aux frais de remise; donc ce n'est pas nécessairement, comme semble le dire le texte, la partie à laquelle la compensation est opposée (2). L'article 1296 est, du reste, applicable aux dettes de denrées aussi bien qu'aux dettes d'argent, car

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 466, n° 248 *bis*.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 231, note 30, § 326.

les marchandises, plus encore que l'argent, ont leur cours qui varie d'un lieu à l'autre; régulièrement le cours est plus élevé au lieu de consommation où la marchandise doit être livrée, qu'au lieu de production d'où la marchandise est expédiée, et la valeur diffère encore entre les divers lieux de consommation. La compensation se fera en tenant compte des frais de remise, comme nous venons de l'expliquer pour les dettes d'argent (1).

La compensation a-t-elle lieu de plein droit lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu? Delvincourt et Toullier ont soutenu que la compensation est facultative. Cette opinion est généralement rejetée; elle se fonde sur une fausse interprétation du texte, qui dit que l'on ne *peut opposer* la compensation, dans ce cas, qu'en faisant raison des frais de la remise. Nous avons déjà dit quel est le sens de cette expression dans les divers articles où le législateur s'en sert; elle ne signifie pas que la compensation est facultative, elle signifie que la compensation se fera malgré telle ou telle circonstance qui semble s'y opposer. Toutefois Duranton, qui combat l'interprétation de Toullier, a tort de dire que la différence des lieux ne change pas la nature de la dette; elle la change au point de vue de la compensation, puisqu'elle rend la dette illiquide en ce qui concerne les frais de la remise; c'est précisément pour ce motif que la loi dit que la compensation peut se faire malgré la circonstance qui semble rendre la dette non compensable (2).

441. « La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers » (art. 1298). Ce principe est incontestable, les parties intéressées ne pourraient pas faire un payement au préjudice d'un droit acquis, donc elles ne peuvent pas compenser. L'article 1298 explique le principe en l'appliquant à la saisie-arrêt : le tiers saisi ne peut payer au préjudice des créanciers saisissants (article 1242); il ne peut pas davantage compenser à leur préjudice.

(1) Duranton, t. XII, p. 502, nº 388.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 231, note 29, § 326. Duranton, t. XII, p. 497, nº 380.

442. L'application du principe à l'hypothèque souffre quelque doute. On enseigne généralement que celui qui achète un immeuble grevé d'hypothèques ne peut opposer au vendeur la compensation de ce que celui-ci lui doit, parce que les créanciers hypothécaires ont un droit acquis sur le prix du bien vendu (1). Enoncée dans ces termes absolus, cette opinion nous paraît erronée. La question est de savoir si la vente donne un droit acquis aux créanciers hypothécaires sur le prix que l'acheteur s'oblige à payer. Comment les créanciers auraient-ils un droit sur le prix, alors qu'ils sont restés étrangers à la vente? N'est-il pas de principe élémentaire que les conventions n'ont aucun effet à l'égard des tiers? Elles ne leur nuisent pas et elles ne leur profitent pas (art. 1165). Quel est le droit des créanciers hypothécaires? C'est un droit réel; ils peuvent poursuivre l'immeuble, ils ne peuvent pas poursuivre le détenteur de l'immeuble; l'acheteur n'est pas leur débiteur, il est débiteur du vendeur; si le vendeur est le débiteur personnel des créanciers hypothécaires, ils auront contre l'acheteur l'action que les créanciers peuvent exercer au nom de leur débiteur; mais ce n'est pas là un droit acquis sur le prix. L'acheteur peut et doit payer son prix au vendeur, donc il peut aussi compenser son prix avec ce que le vendeur lui doit; les créanciers ne peuvent pas s'opposer au payement du prix, sauf en faisant une saisie-arrêt, ils ne peuvent pas davantage s'opposer à la compensation. Ils n'y ont aucun intérêt, car l'immeuble reste leur gage, c'est l'acheteur qui est intéressé à ne pas payer son prix et à le payer entre les mains des créanciers pour purger son immeuble, ou du moins pour être subrogé aux droits des créanciers hypothécaires. Mais nous ne demandons pas ici ce qu'il est de l'intérêt de l'acheteur de faire, nous demandons quel est le droit des créanciers hypothécaires; leur droit est de poursuivre la vente forcée de l'immeuble et de se payer sur le prix, ils n'ont aucun droit sur le prix que l'acheteur doit en

(1) Desjardins, p. 420. Larombière, t. III, p. 716, n° 4 de l'article 1298 (Ed. B., t. II, p. 395). Colmet de Santerre, t. IV, p. 469, n° 250 *bis* IV. Aubry et Rau, t. IV, p. 232, note 31, § 326.

vertu d'une vente volontaire. Pour qu'ils y aient un droit. il faut que l'acheteur s'oblige à le payer entre leurs mains ou que l'acheteur leur offre son prix, soit pour être subrogé, soit pour purger.

Tels sont les principes élémentaires. On invoque la jurisprudence. Il faut se défier des citations en masse que les auteurs aiment à faire des décisions judiciaires; très-souvent les arrêts ne disent pas ce qu'on leur fait dire. Voilà pourquoi nous entrons dans le détail de la jurisprudence sur chaque question, en citant soit pour approuver, soit pour critiquer. Nous allons examiner les arrêts que l'on invoque en faveur de l'opinion que nous combattons. Il n'y a qu'un seul arrêt de la cour de cassation; il rejette la compensation entre l'acheteur et le vendeur, mais pourquoi? Parce que l'acheteur s'était obligé à remplir les formalités de la purge dans le délai de quatre mois; or, s'obliger à purger, c'est s'obliger à payer entre les mains des créanciers hypothécaires, la purge n'est pas autre chose; et dès que l'acheteur s'oblige à payer son prix aux créanciers inscrits, ceux-ci ont un droit acquis sur le prix, dès lors la compensation devient impossible, aux termes de l'article 1298 (1).

La cour de Riom a jugé, dans le même sens, qu'il n'y avait pas lieu à compensation lorsqu'un créancier hypothécaire se rend acquéreur de l'immeuble hypothéqué et qu'en vertu de son contrat d'acquisition il doit payer le prix suivant la collocation à faire entre les créanciers (2). Dès qu'il y a obligation de payer le prix aux créanciers inscrits, l'article 1298 est applicable; la compensation ne peut plus se faire, car elle porterait atteinte aux droits des tiers. Même décision de la cour de Limoges : l'acte de vente stipulait formellement que l'acheteur payerait son prix entre les mains des créanciers hypothécaires, ce qui rend la compensation impossible entre le vendeur et l'acheteur (3).

(1) Rejet, chambre civile, 9 mai 1836 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 1843).
(2) Riom, 19 décembre 1814 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2760, 2°).
(3) Limoges, 7 avril 1843 (Dalloz, n° 2760, 4°).

La cour de Nancy a jugé que la compensation ne peut s'opérer lorsque l'acquéreur a fait les notifications prescrites pour la purge (art. 2183 et 2184); en faisant ces notifications, l'acheteur se constitue débiteur personnel des créanciers, ceux-ci ont dès lors un droit acquis sur le prix; ce qui, d'après l'article 1298, empêche l'acheteur de compenser (1).

Enfin, on cite un arrêt de la cour de Paris, que nous pourrions invoquer en faveur de notre opinion. La cour a jugé que la compensation ne pouvait avoir lieu, parce que la créance de l'acheteur n'était pas liquide; ce qui implique que la cour aurait admis la compensation, malgré les hypothèques qui grevaient l'immeuble vendu, si la créance avait été liquide (2).

443. Le principe établi par l'article 1298 reçoit encore d'autres applications, notamment lorsque la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Nous avons examiné les difficultés qui se présentent, au titre des *Successions* (3).

N° 6. CAS DANS LESQUELS LA COMPENSATION N'A PAS LIEU.

I. *Dette de restitution.*

444. L'article 1293 porte : « La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas 1° de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé. » Bigot-Préameneu donne la raison de cette exception dans l'Exposé des motifs : « Le spoliateur ne peut, sous quelque prétexte que ce soit, être autorisé à retenir ce qu'il a volé; l'ordre public l'exige. De là cette maxime : *Spoliatus ante omnia restituendus.* » Pour mieux dire, la défense de compenser est une application de cette maxime. Il se peut qu'il n'y ait pas de vol proprement dit; quand

(1) Nancy, 16 mars 1838 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2179, 1°).
(2) Paris, 31 août 1815 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2582, 1°).
(3) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 191, n° 160; 197, n° 166; 204, n° 171.

même il n'y aurait qu'une simple voie de fait par laquelle le créancier se serait emparé d'une chose appartenant à son débiteur pour se payer de sa propre autorité, l'article 1293 serait applicable; il n'appartient pas au créancier de se faire justice à lui-même par un acte de violence; il doit avant tout restituer la chose dont il a injustement dépouillé le propriétaire, puis il pourra réclamer ce qui lui est dû. L'ordre public le veut ainsi, comme le dit l'orateur du gouvernement.

445. Nous disons avec la loi que la disposition de l'article 1293 est une exception à la règle qui admet la compensation dès que les dettes ont pour objet des choses fongibles et qu'elles sont également liquides et exigibles. A vrai dire, ce n'est pas une exception, c'est l'application de la règle générale établie par l'article 1291. Si les choses enlevées par celui qui était créancier ou qui l'est devenu après cette voie de fait sont des corps certains et déterminés, il ne peut pas être question de compensation, non pas à raison de la voie de fait, mais parce que la compensation ne peut se faire que pour des dettes de choses fongibles de même espèce. Pour qu'il puisse être question de compensation, il faut supposer que les choses enlevées au propriétaire sont des choses fongibles, des grains, par exemple, récoltés mais non engrangés. Mais, dans ce cas encore, la compensation est impossible, car les choses qui étaient fongibles avant la voie de fait deviennent, par le fait du délit, une chose certaine et déterminée, que le spoliateur doit restituer en nature, ce qui exclut toute compensation. Le législateur a donc eu tort de présenter le n° 1 de l'article 1293 comme une exception à la règle, c'est, au contraire, une application du droit commun (1). Nous allons voir qu'il en est de même du n° 2.

II. *Dépôt et prêt.*

446. La compensation n'a pas lieu dans le cas de la demande en restitution du dépôt ou du prêt à usage (ar-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 457, n°s 244 *bis* I et II.

ticle 1293, 2°). Quand le dépositaire devient créancier du déposant de choses de même nature, il ne peut pas compenser sa dette de dépositaire avec sa créance; la raison en est que la dette de dépôt est une dette d'honneur que la délicatesse commande de payer; avant tout, le dépositaire doit rendre la chose déposée pour se montrer digne de la confiance que lui a témoignée le déposant, sauf à réclamer ensuite le payement de ce que le déposant lui doit. Ce motif de délicatesse, qui s'oppose à la compensation entre déposant et dépositaire, a encore plus de force quand il s'agit d'un prêteur et d'un emprunteur, le prêt est un service, une libéralité que le prêteur fait à l'emprunteur; la reconnaissance ainsi que la délicatesse exigent que l'emprunteur restitue la chose qui lui a été prêtée, sans opposer en compensation ce que le prêteur peut lui devoir.

447. Le n° 2 de l'article 1293 est-il une exception? C'est plutôt l'application de la règle qui exige comme première condition de la compensation que les deux dettes aient pour objet des choses fongibles de la même espèce; or, les choses prêtées et déposées sont des corps certains et déterminés, ce qui exclut la compensation.

On a donné diverses explications du n° 2 pour y trouver une exception. Pour le dépôt, il y a en une que Pothier donne, ce qui a sans doute engagé les auteurs du code à reproduire l'exception. Voici ce qu'il dit: Dans le dépôt ordinaire, il n'y a pas lieu à la compensation, parce que les dettes de corps certains n'en sont pas susceptibles; tel serait le dépôt d'un sac d'argent cacheté. Il y a un dépôt irrégulier qui permet au dépositaire de rendre, non les mêmes espèces, mais la même somme; tel est le dépôt d'argent que l'on fait chez un banquier. La chose déposée est, dans ce cas, fongible et, par suite, compensable (1).

On a aussi trouvé des cas où un prêt devient compensable. Il est fait avec une clause pénale, une peine étant stipulée pour le cas où la chose viendrait à périr par la faute de l'emprunteur; si la peine est encourue, l'obliga-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 625.

tion de l'emprunteur consiste dans une somme d'argent, chose fongible; elle serait donc susceptible de compensation, mais elle ne peut être compensée, parce qu'elle naît d'un prêt et qu'elle tient lieu de la restitution de la chose prêtée. Cet exemple s'applique aussi au dépôt, mais il ne justifie pas la disposition de l'article 1293; celle-ci est générale, tandis que l'application que l'on en fait au cas de clause pénale n'est qu'un exemple d'école, la vie réelle ignore ces conventions : conçoit-on un contrat de bienfaisance, acte de libéralité, fait avec une clause pénale, acte de défiance? Puis l'article 1293 suppose que c'est la chose prêtée qui doit être restituée, tandis que dans le cas de clause pénale ce sont des dommages-intérêts sous forme de peine que l'emprunteur doit au prêteur.

Cela a soulevé une autre question. La chose prêtée périt sans qu'il y ait de clause pénale; l'emprunteur doit des dommages-intérêts : y a-t-il lieu à compensation? La question est controversée; à notre avis, il faut rejeter la compensation. L'esprit de la loi n'est pas douteux, le même sentiment de délicatesse et d'honneur qui ne permet pas à l'emprunteur d'invoquer la compensation pour se dispenser de restituer la chose empruntée doit l'engager à indemniser immédiatement le prêteur de la perte qu'il lui a causée. Il est vrai que compenser, c'est payer; mais la délicatesse empêche l'emprunteur de payer de cette façon. Nous n'insistons pas : c'est trop s'arrêter à une disposition qui ne reçoit d'application que dans des hypothèses de théorie (1).

III. *Aliments.*

448. La compensation n'a pas lieu pour éteindre une dette qui a pour objet des aliments déclarés insaisissables (art. 1293, 3°). Ici il y a une véritable exception. Le débiteur d'une somme pour aliments ne peut opposer la compensation au créancier, bien que les deux dettes soient fongibles et également liquides et exigibles.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 233, notes 2 et 3, § 327. Mourlon, t. II, p. 758, n° 1447. Colmet de Santerre, t. V, p. 458, n°s 244 *bis* III-VIII.

Bigot-Préameneu en dit la raison dans l'Exposé des motifs : « Une tierce personne ne pourrait saisir les aliments entre les mains du débiteur : ce serait une sorte de saisie si le débiteur voulait retenir la somme en la compensant. » Le principe est donc celui-ci : une dette insaisissable n'est pas compensable. De là suit que la disposition de l'article 1293 doit recevoir son application dans tous les cas où la dette est insaisissable. Cela est d'évidence pour les aliments que la loi déclare insaisissables, bien que le texte suppose des aliments donnés ou légués avec clause qu'ils ne pourront être saisis. On doit en dire autant des autres dettes que le code de procédure déclare insaisissables (art. 581). Vainement dirait-on que l'article 1293 consacre une exception et que les exceptions ne s'étendent pas par voie d'analogie. Cela est vrai en général, mais cela n'est pas vrai des exceptions qui ne font qu'appliquer un principe général; or, le principe qui se trouve dans l'article 1293, 3°, est qu'une dette insaisissable est non compensable; si le code était un manuel, il se serait exprimé ainsi : le législateur procède autrement, il prévoit un cas usuel et abandonne à l'interprète les questions d'application (1).

449. On a prétendu que la loi ne s'applique qu'aux arrérages à échoir, les seuls, dit-on, qui soient nécessaires au créancier pour vivre; quant aux arrérages échus, on ne peut pas dire qu'ils lui soient indispensables pour vivre, puisqu'il a vécu sans les avoir touchés. A l'appui de cette étrange doctrine, on cite un vieil adage: *Nemo vivit in præteritum*. Il y a une réponse très-simple à faire à cette argumentation; la loi ne distingue pas entre les arrérages échus et les arrérages à échoir et il n'y avait pas lieu à distinguer. Est-ce que le créancier de la pension alimentaire n'a pas pu vivre de crédit? Nous croyons inutile d'insister; la jurisprudence s'en est tenue au texte de la loi (2).

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 460, n° 244 *bis* X. Marcadé, t. IV, p. 628, n° IV de l'article 1293.

(2) Cassation, 17 mai 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2726, 2°. Bruxelles, 17 janvier 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 20).

450. Faut-il assimiler les créances dotales aux dettes alimentaires? Oui, dit-on, quand la femme est mariée sous le régime dotal. Le caractère de dotalité leur imprime le caractère spécial de subvenir aux charges du ménage, à l'entretien et à l'alimentation de la famille. Rien ne peut les détourner de cette fin essentielle, hors les cas où, par exception, la loi déclare la dot aliénable. Or, comme la compensation aurait pour effet de les en distraire, en substituant un payement stérile à un payement utile, tel que l'exige la destination de la dot, on conclut que la compensation ne peut légalement s'accomplir (1).

La cour de cassation s'est prononcée en faveur de cette opinion, malgré la vive résistance des cours d'appel. Elle invoque un principe qui, à notre avis, est en opposition avec le texte formel de la loi, celui de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Nous reviendrons sur ce point au titre du *Contrat de mariage*. La cour insiste sur l'esprit du régime dotal. Ce régime a un grand avantage, c'est de mettre la dot de la femme à l'abri des dissipations et de l'influence directe ou indirecte du mari; la loi veut que la dot de la femme demeure intacte, afin qu'elle serve toujours à subvenir aux charges du mariage : ce caractère spécial de la dot sous le régime dotal exclut toute compensation. La cour cassa l'arrêt de la cour de Lyon qui avait décidé le contraire. Sur le renvoi, la cour de Besançon, chambres réunies, mais après partage, se prononça contre la doctrine consacrée par la cour de cassation. Chose remarquable, dans l'espèce, la femme s'était réservé la faculté d'aliéner ses immeubles dotaux; l'aliénation des immeubles étant légitime, ne fallait-il pas en conclure que la femme pouvait recevoir le prix par toutes les voies légales? Or, compenser, c'est payer c'est donc aussi recevoir. Il faudrait une défense bien formelle de saisir les deniers dotaux provenant de la vente légitime d'un fonds dotal, pour que la compensation fût interdite. Nouveau pourvoi en cassation; la cour,

(1) Larombière, t. III, p. 676, n° 9 de l'article 1293 (Ed. B., t. II, p. 380)

chambres réunies, maintint sa première décision après un très-long délibéré en chambre du conseil; le seul argument que la cour invoque est toujours l'inaliénabilité des deniers dotaux (1); nous prouverons ailleurs que ce prétendu principe est une erreur.

IV. *Dettes commerciales.*

451. La jurisprudence admet des exceptions à la règle de la compensation, en matière commerciale; nous nous bornons à les mentionner. Il a été jugé, en cas de faillite d'une société en commandite, que la compensation n'a pas lieu entre les sommes dues par un actionnaire pour sa mise et celles qui lui sont dues à lui-même en compte courant par la société faillie; parce que, dit l'arrêt, on ne doit pas confondre des dettes et des créances différentes et soumises par la nature des choses et des conventions expresses à des conditions distinctes. La mise fait partie du capital social et, à ce titre, elle devient le gage des créanciers et des associés. Le compte courant résulte des relations postérieures et étrangères à la constitution de la société et ne donne pas à l'associé, au profit duquel il se solde, plus de droit sur sa propre mise qu'aux autres créanciers.

On admet par la même raison que le tiré qui a reçu du tireur une somme avec affectation spéciale au payement de la traite, ne peut, alors même qu'il n'a pas accepté cette traite, compenser la somme envoyée avec une créance qu'il a sur le tireur (2).

Enfin, il a été jugé que les règles du code civil sur la compensation ne reçoivent pas leur application aux comptes courants commerciaux; la raison en est que ces comptes se composent d'une série successive d'opérations qui ne peuvent se compenser tant que le compte court, puisque ce serait l'arrêter; la compensation ne peut donc

(1) Cassation, 16 août 1837 et 29 mai 1839 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 3553).
(2) Desjardins, p. 378, n° XI, et les arrêts qu'il cite. La doctrine est d'accord (Aubry et Rau, t. IV, p. 235 et suiv., et notes 9 et 10, § 327).

se faire que lorsque le compte est définitivement clos. A vrai dire, cette dernière exception n'en est pas une; il faut dire que la compensation ne peut pas s'opérer, parce qu'il n'y a point de créances liquides ni exigibles (1).

V. *Succession bénéficiaire.*

452. Il se présente des difficultés en matière de compensation quand une succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire.

L'héritier, créancier de la succession, peut-il compenser sa créance avec sa dette du rapport?

Les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport sont dus à partir de l'ouverture de la succession. L'héritier débiteur des fruits peut-il payer sa dette par voie de compensation?

Nous avons examiné ces questions au titre des *Successions*, où est le siége de la matière; nous y renvoyons (2).

VI. *Des créances de l'Etat.*

453. Celui qui est débiteur envers l'État peut-il opposer en compensation ce que l'Etat lui doit? Il faut distinguer. On admet généralement que les impôts ne peuvent pas être payés par compensation. Il est vrai que le code ne le dit pas, mais le principe a été reconnu au conseil d'Etat, lors de la discussion de l'article 1293. Le consul Cambacérès rappela que jamais la compensation n'avait été admise à l'égard des impositions. Peut-être, dit-il, serait-il bon d'énoncer cette exception dans la loi. Bigot-Préameneu répondit que la disposition de l'article 1293 concernant l'ordre civil était étrangère aux impositions qui tiennent à l'ordre politique. Rien ne doit en arrêter le payement; l'intérêt général exige que l'Etat ne soit pas privé de ses revenus (3). Ne pourrait-on pas ré-

(1) Rejet, chambre civile, 17 janvier 1849, et le réquisitoire de Nicias Gaillard (Dalloz, 1849, 1, 49).

(2) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 39, nos 33 et 34.

(3) Séance du conseil d'Etat du 25 brumaire an XII, no 15 (Locré, t. VI, p. 98). Aubry et Rau, t. IV, p. 235, note 6, et les autorités qui y sont citées.

prendre que l'Etat reçoit ce qui lui est dû par voie de compensation, puisque compenser c'est payer. Et quel avantage l'Etat a-t-il à recevoir d'une main 1,000 francs, à titre de créancier, s'il doit la rendre de l'autre à titre de débiteur? Toujours est-il que si l'on trouve qu'une exception est nécessaire pour assurer la rentrée des impôts, il eût été bon de la consigner dans la loi.

454. L'Etat perçoit des droits d'enregistrement; ces droits constituent un véritable impôt. Il faudrait donc appliquer le principe que l'on ne peut pas opposer la compensation à l'Etat quand la régie est ou créancière ou débitrice. C'est ce que la cour de cassation a jugé par un arrêt du 28 vendémiaire an XIV. On y lit que les droits d'enregistrement sont un impôt indirect qui ne rentre pas dans la classe des créances ordinaires établies par des contrats; on doit les assimiler, par leur destination, aux contributions directes; or, la compensation des créances sur le trésor public avec les contributions directes n'ayant jamais été admise, on ne peut pas non plus l'admettre à l'égard des contributions indirectes, dont la destination est la même. Toutefois, il est de jurisprudence que la compensation a lieu entre un droit indûment perçu par la régie et partant restituable et un droit dû à la régie (1). C'est une anomalie si l'on admet le principe que le conseil d'Etat a implicitement consacré.

455. Portalis a dit au conseil d'Etat qu'il n'y a de compensation avec le trésor public que lorsqu'il doit à la manière des particuliers, c'est-à-dire en vertu d'un contrat, et qu'on lui doive de la même manière. Dans ce cas, l'Etat est considéré comme une personne civile, mais non comme une personne publique; il reste donc sous l'empire du droit commun. Il en est ainsi, comme nous l'avons vu (n° 438), lorsque l'Etat est créancier et débiteur du chef de travaux publics envers les mêmes entrepreneurs, quoiqu'il s'agisse de travaux différents. Cependant, à raison des exigences de la comptabilité, on subordonne la compensation à une condition spéciale, c'est que les

(1) Desjardins, p. 436, n° 146, et les autorités qu'il cite.

créances et les dettes dépendent d'un seul et même ministère. Cela est de tradition : il serait plus régulier d'écrire ces usages dans la loi (1).

VII. *De la renonciation à la compensation.*

456. Toullier applique à la compensation la disposition de l'article 2220 qui porte : « On ne peut d'avance renoncer à la prescription, on peut renoncer à la prescription acquise. » C'est une erreur évidente, dit Marcadé (2). Il est plus vrai de dire que la question est douteuse. Sans doute, on ne peut pas assimiler entièrement la compensation à la prescription : l'intérêt général domine dans la prescription, tandis que la compensation paraît être uniquement d'intérêt privé. Toutefois, rappelons-nous que la compensation ne s'est établie qu'après une lutte avec les coutumes féodales. Au moyen âge, on disait : « Une dette n'empêche pas l'autre. » C'était multiplier les procès pour l'avantage des seigneurs hauts justiciers. Aujourd'hui nous disons : « Une dette paye l'autre. » Cette nouvelle maxime a pour but de prévenir les procès. Ce motif n'est-il pas d'ordre public? Cela suffit, nous semble-t-il, pour que l'on doive appliquer l'article 6, qui défend aux particuliers de déroger par leurs conventions aux lois qui concernent l'ordre public. Supposez que la clause de renonciation devienne de style : ne serait-ce pas une grave atteinte à la loi qui veut prévenir les procès? et peut-on permettre aux particuliers de les multiplier, malgré la volonté du législateur? Toutefois l'opnion qui admet la validité de la renonciation est généralement suivie.

(1) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire de Dalloz*, nos 2729-2734. Ajoutez Gand, 19 janvier 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 242). Aubry et Rau, t. IV, p. 235 et note 7, § 327.
(2) Toullier, t. IV, 1, p. 305, n° 391. En sens contraire, Marcadé, t. IV, p. 629, n° V de l'article 1293, et tous les auteurs.

§ II. *Effet de la compensation.*

N° 1. PRINCIPE.

457. « Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes » (art. 1289). Il faut ajouter avec l'article 1290 : « Jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. » Compenser, c'est payer; donc la compensation a le même effet que le payement, sauf que l'extinction de la dette peut n'être que partielle.

458. Quand la compensation est opposée au créancier qui poursuit le débiteur et qu'elle éteint la dette pour le total, les poursuites doivent cesser immédiatement, puisqu'il n'y a plus de créance, la compensation opérant de plein droit l'extinction des deux dettes. La cour de cassation a été appelée à appliquer ce principe qui ne paraît pas susceptible d'un débat judiciaire. Un jugement arbitral avait déclaré une dette *compensée, solute* et acquittée, mais en ajoutant que l'extinction n'était que provisoire; elle serait, en effet, provisoire si l'une des dettes était conditionnelle quant à sa résolution. Provisoire ou non, dit la cour de cassation, elle doit avoir pour effet de suspendre les poursuites : conçoit-on que le créancier saisisse les biens du débiteur et les fasse vendre, alors qu'il n'y a pas de dette? Les saisies, dit la cour, faites en vertu d'un titre éteint, ne fût-ce que provisoirement, tombent d'elles-mêmes et ne peuvent se soutenir (1).

459. Les conséquences de la compensation sont celles du payement. Par suite, les intérêts cessent de courir dès l'instant où, en vertu de la loi, les deux dettes sont éteintes, et dès ce moment les garanties accessoires s'éteignent également. Les cautions sont libérées (article 1294) et les hypothèques sont éteintes (2).

(1) Rejet, 12 août 1807 (Dalloz, n° 2747).
(2) Bordeaux, 7 juillet 1830 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2584).

460. La compensation produit un effet très-remarquable, en ce qui concerne la prescription. Une créance est sur le point de s'éteindre par la prescription; le créancier devient débiteur du débiteur; fût-ce à son insu, il reçoit un payement sous forme de compensation. Si, plus tard, il est poursuivi, il peut opposer la compensation, quoique, à ce moment, la créance qu'il oppose en compensation n'existe plus. C'est que les dettes s'éteignent par la compensation, non pas au moment où celle-ci est opposée en justice, mais du jour où les deux dettes compensables ont existé. On ne peut donc pas dire que la créance est prescrite; elle ne pouvait pas se prescrire, puisqu'elle a été payée par voie de compensation.

La conséquence est très-importante surtout pour les courtes prescriptions. Il a été jugé que la créance d'un médecin s'était éteinte par voie de compensation, quoique le mémoire ne fût pas réglé par le jury médical (n° 404). La cour de cassation a aussi appliqué ce principe en matière de droit fiscal. Dans la liquidation des droits de mutation dus par une succession, des erreurs en sens divers avaient été commises; la régie avait perçu des droits sur des valeurs qui en étaient exemptes, et elle avait opéré une perception insuffisante sur des valeurs imposables. Il en résultait deux actions, l'une en restitution au profit des héritiers, l'autre en supplément de prix au profit de la régie. Les héritiers demandèrent la restitution des sommes indûment perçues; cette action n'était pas prescrite, tandis que l'action de la régie à raison de l'insuffisance de la perception était prescrite, ce qui n'empêcha pas la régie d'opposer la compensation; elle s'était opérée à un moment où sa créance existait encore. Ainsi la régie avait été payée moyennant la compensation, étant tout ensemble créancière et débitrice, tandis que, sans le secours de la compensation, elle n'aurait pas été payée, puisqu'elle eût été débitrice sans être créancière, sa créance se trouvant éteinte par la prescription. On voit que la régie a intérêt à se prévaloir de la prescription, quoiqu'il s'agisse d'un impôt. C'est, sans doute, pour ce motif qu'elle ne réclame pas le droit du

fisc qui, à la rigueur, devrait empêcher la compensation (1).

N° 2. RENONCIATION AUX EFFETS DE LA COMPENSATION.

I Principe.

461. La compensation éteint deux dettes, comme le ferait le payement. On demande si les parties peuvent renoncer à l'effet produit par la compensation ? Nous disons les parties. Il va sans dire que l'une des parties intéressées ne peut pas par sa seule volonté enlever à l'autre partie le bénéfice de la compensation. Quoique la compensation s'opère de plein droit et à l'insu même des parties, elle suppose cependant un concours de volontés, car c'est un payement fictif; or, le payement implique un concours de volontés; ce consentement réciproque est remplacé, en cas de compensation, par la volonté de la loi, qui veut pour les parties. Toujours est-il que la compensation étant l'image du payement éteint les deux dettes, et que cette extinction ne peut être modifiée que par la volonté des deux parties.

Même ainsi limitée, la renonciation présente encore des doutes. Il s'agit de savoir si les parties peuvent renoncer à la compensation, en ce sens qu'elle soit censée n'avoir pas eu lieu. A notre avis, il faut répondre négativement, si l'on s'en tient aux principes. Nous faisons, pour le moment, abstraction des textes. Le payement peut-il être opposé rétroactivement si telle est la volonté des parties intéressées? Cela est impossible, car le payement opère la translation de la propriété quand il a pour objet des choses indéterminées ; en tout cas, c'est un fait, la tradition, la délivrance. Est-ce qu'il dépend de la volonté des hommes d'anéantir un fait? Cela n'est pas possible. On peut bien modifier les effets produits, mais on ne peut empêcher qu'ils aient été produits. Si cela est vrai du payement, cela doit aussi être vrai de la compensation.

(1) Rejet, chambre civile, 30 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 1, 120).

qui en est l'image. Il y a aussi là un fait accompli que la volonté humaine est impuissante à effacer. Tout ce que les parties peuvent faire, c'est de renoncer pour l'avenir aux effets que la compensation a produits (1). Nous dirons plus loin en quel sens la loi admet la renonciation à la compensation; la question est également douteuse.

462. La renonciation est régie par les principes généraux de droit. Elle ne se présume pas. La renonciation ne se présume jamais; mais elle ne doit pas être expresse; la loi admet deux cas de renonciation tacite (art. 1299 et 1295). La renonciation tacite est aussi régie par le droit commun. Il peut y avoir d'autres cas de renonciation que ceux que la loi prévoit. La volonté tacite équivaut à la volonté expresse, mais à une condition, c'est qu'elle soit certaine; il faut que le fait d'où on l'induit ne puisse pas recevoir une autre interprétation (2). De plus, les renonciations sont de stricte interprétation (3). Nous avons déjà exposé ces principes ailleurs; nous y reviendrons encore, il est donc inutile de nous y arrêter pour le moment.

II. *Du cas prévu par l'article* 1299.

463. L'article 1299 suppose que le débiteur paye une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation; il pouvait opposer la compensation de ce qui lui était dû par le créancier, il ne l'a pas fait. Voilà une renonciation à la compensation et aux effets qu'elle produit; on ne peut pas donner une autre interprétation au fait du payement de la dette éteinte par la compensation; car la loi suppose, comme nous le dirons plus loin, que le débiteur connaissait la créance qui devait compenser sa dette. Si donc il avait entendu profiter de l'extinction de la dette, il aurait opposé la compensation. Il ne veut pas

(1) En sens contraire, Mourlon, t. II, p. 762, n° 1453. Comparez Larombière, t. III, p. 702, n° 1 de l'article 1298 (Ed. B., t. II, p. 394).
(2) Larombière, t. III, p. 703, n° 2 (Ed. B., t. II, p. 395). Aubry et Rau, t. IV, p. 238 et note 8, § 329. Bruxelles, 13 juin 1821 (Dalloz, n° 2702, et *Pasicrisie*, 1821, p. 401).
(3) Rejet, 24 décembre 1831 (Dalloz, n° 2705).

en profiter, il y renonce : quel est l'effet de cette renonciation?

464. Il faut distinguer d'abord l'effet de la renonciation entre les parties, puis l'effet qu'elle a à l'égard des tiers. Entre les parties, il y a une nouvelle distinction à faire. Le débiteur a payé sachant qu'il était créancier et, partant, que sa dette était éteinte par la compensation de ce qui lui était dû. Il renonce aux effets de la compensation : ayant payé sa dette quoique éteinte, il doit avoir une action pour recouvrer sa créance. Quelle est cette action? La question est très-controversée. Sa créance était éteinte de plein droit, en vertu de la compensation, de même que sa dette. D'après la rigueur des principes, une créance éteinte ne revit pas; le créancier ne pourrait donc pas avoir l'action de la créance éteinte. Mais le texte n'admet pas cette rigueur. L'article 1299 est ainsi conçu : « Celui qui a payé une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation ne peut plus, *en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation*, se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés. » Donc il peut *exercer la créance* dont il n'a pas opposé la compensation. Cela est décisif. La loi semble considérer la compensation comme n'ayant pas eu lieu entre les parties; elle donne un effet rétroactif à la renonciation. Cela est contraire aux principes (n° 462), mais il est difficile de donner une autre interprétation à la loi (1).

Il y a une autre opinion qui s'appuie sur l'autorité de Pothier. « Si, dit-il, celui qui était mon créancier d'une certaine somme est devenu depuis mon débiteur d'autant et que, nonobstant la compensation qui a éteint de plein droit nos créances respectives, je l'aie payé, je *répéterai* la somme que je lui ai payée, *comme non due*, par l'action qu'on appelle *condictio indebiti* (2). » Il est certain que celui qui paye une dette éteinte paye ce qu'il ne devait pas. Mais suffit-il que l'on paye ce que l'on ne doit pas pour

(1) Bruxelles, 19 mai 1873 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 84).
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 639. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 239, note 7, § 329. Gand, 14 mars 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 210).

qu'il y ait lieu à l'action du payement indû? Cette question est très-controversée, nous la traiterons au titre des *Quasi-contrats*. Elle nous paraît tranchée, en ce qui concerne le payement d'une dette que la compensation a éteinte, par le texte de l'article 1299; la loi ne parle pas d'une action en répétition de l'indû, elle dit que le créancier exerce la créance qui, de droit, était éteinte par la compensation. Un texte aussi positif devrait empêcher toute controverse si les interprètes avaient plus de respect pour le texte(1). Tout ce que l'on peut soutenir, en restant attaché au texte, c'est que le créancier a deux actions, celle de l'ancienne créance que l'article 1299 lui donne et celle du payement indû que l'article 1376 semble lui ouvrir, par cela seul qu'il a payé ce qu'il ne devait pas (2). Nous reviendrons sur cette dernière difficulté.

Si celui qui paye une dette éteinte par la compensation l'a fait par erreur, c'est-à-dire parce qu'il ignorait qu'il fût créancier, il a l'action du payement indû, car il a payé ce qu'il ne devait pas, l'article 1377 est donc applicable (3). Et, de plus, il a l'action qui naît, en vertu de l'art. 1299, de la créance éteinte de droit (4). Il nous reste cependant un doute, c'est que l'article 1299, qui prévoit le cas où le payement a été fait en connaissance de cause, décide implicitement qu'il n'y a jamais eu de compensation; à plus forte raison en est-il ainsi quand le payement a été fait par erreur. Notre avis serait que dans une matière où la loi s'écarte de la rigueur des principes, il faut s'en tenir strictement au texte et, d'après le texte, on doit dire : il n'y a pas eu de compensation, donc pas de payement indû.

Reste à savoir quel est le droit de celui qui a reçu le payement de la créance éteinte par la compensation. Dans notre opinion, il faut dire que la compensation étant considérée comme n'ayant pas eu lieu, les deux parties sont

(1) Marcadé, t. IV, p. 638, art. 1299, n° I. Colmet de Santerre, t. V, p. 471, n° 251 *bis* IV.
(2) C'est l'opinion de Desjardins, p. 444, n° 129.
(3) Pau, 10 mai 1826 (Dalloz, n° 2752).
(4) Larombière, t. III, n° 8 de l'article 1295 (p. 391 de l'édition belge).

replacées dans l'état où elles étaient avant le payement. Il nous paraît difficile de scinder les effets de la compensation, en la rejetant pour l'une des parties et en l'admettant pour l'autre. La compensation est nécessairement complexe; elle éteint deux dettes si elle existe; et si elle n'éteint pas l'une des créances, c'est qu'on la considère comme n'existant pas et, dans ce cas, elle ne peut pas éteindre l'autre (1).

465. Quel est l'effet de la renonciation à l'égard des tiers? L'article 1299 répond que celui qui a payé une dette éteinte par compensation peut exercer son ancienne créance, mais qu'il ne peut pas se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. Il faut donc distinguer si le payement de la dette éteinte a été fait en connaissance de cause par celui qui savait que la dette était éteinte par la compensation, ou si le payement a été fait par erreur.

Si celui qui paye savait qu'il était créancier et que sa dette était éteinte ainsi que sa créance, il renonce aux effets de la compensation; et la loi admet cette renonciation en la faisant rétroagir, de sorte que sa créance est censée n'avoir pas été éteinte, il la conserve, mais il ne la conserve que contre le débiteur, il ne la conserve pas à l'égard des tiers. La raison en est que la créance était éteinte de plein droit par la compensation, et l'extinction de l'obligation principale a eu pour effet d'éteindre les obligations accessoires, les priviléges et hypothèques; il en est de même des cautionnements, quoique la loi n'en parle pas, la raison de décider étant identique (2). Lorsque ensuite le créancier renonce à la compensation, il peut bien le faire en ce qui concerne ses droits, mais il ne peut pas renoncer à des droits acquis au profit des tiers; à leur égard, la créance reste éteinte; par conséquent, les

(1) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 239, § 329, qui n'admettent cette solution que sous une condition, c'est que le payement ait été reçu par erreur.

(2) Duranton, t. XII, p. 565, n° 457, et tous les auteurs.



priviléges et hypothèques sont éteints et les cautions sont libérées.

Si celui qui a payé la dette éteinte par la compensation l'a fait par erreur, la loi maintient les priviléges et hypothèques et, partant, le cautionnement qui y étaient attachés. La loi considère l'erreur comme viciant le payement et l'annulant. D'après la rigueur des principes, elle aurait dû maintenir le payement et, par suite, la compensation, sauf à celui qui l'a fait à en demander la nullité. C'est la loi elle-même qui considère le payement comme nul. Elle a suivi l'opinion de Pothier, qui invoque des considérations d'équité. La compensation, dit-il, est une fiction de la loi qui feint que les parties se sont respectivement payées aussitôt qu'elles sont devenues respectivement créancière et débitrice l'une de l'autre. Cette fiction, qui est établie en faveur des parties entre lesquelles la compensation se fait, ne doit avoir lieu qu'autant qu'elle ne leur est pas préjudiciable, un bienfait de la loi ne devant jamais nuire à ceux à qui la loi l'accorde. On ne doit donc pas supposer, en ce cas, qu'il y a eu compensation. Les auteurs du code ont adopté ce tempérament. Bigot-Préameneu dit, dans l'Exposé des motifs, que l'équité ne permettrait pas que le créancier fût dépouillé de l'avantage du privilége ou de l'hypothèque attaché à son ancienne créance (1). A vrai dire, il y a plus qu'équité, le consentement est vicié par l'erreur; seulement, comme il n'y a point de nullité de plein droit, l'annulation du payement aurait dû être prononcée par le juge.

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par ces mots de l'article 1299 : *A moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette.* Il s'agit de savoir ce qu'en cas de contestation le créancier doit prouver. Nous avons répondu d'avance à la question : c'est l'erreur, c'est-à-dire l'ignorance où il était de la créance qui a compensé sa dette. Mais la loi n'exige pas la preuve directe et positive de l'ignorance, ce qui eût été très-dif-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 639. Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 168 (Locré, t. VI, p. 177).

ficile; elle se contente de la preuve que le créancier avait une cause juste d'ignorer la créance, c'est-à-dire une cause qui devait lui faire croire qu'il n'était pas créancier (1).

III. *Du cas prévu par l'article* 1295.

466. Le débiteur accepte purement et simplement la cession que le créancier a faite de ses droits à un tiers; il ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. C'est encore une renonciation à la compensation qui s'était opérée de plein droit (n° 428). Quel en est l'effet, et d'abord entre les parties?

La difficulté est de savoir si le débiteur conserve son ancienne créance. D'après la rigueur des principes, l'ancienne créance est et reste éteinte. Le code a-t-il suivi les principes ou s'en est-il écarté dans l'article 1295, comme il l'a fait dans l'article 1299? Le texte de la loi laisse la question indécise. Mais il y a un argument d'analogie qui nous paraît décisif. L'article 1295 prévoit un cas de renonciation tacite à la compensation, de même que l'article 1299. La loi interprète, dans l'article 1299, la renonciation en ce sens que la compensation est censée n'avoir pas existé. Si tel est l'effet de la renonciation dans le cas de l'article 1299, tel doit aussi en être l'effet dans le cas de l'article 1295, car il s'agit d'un seul et même fait juridique. Cet argument d'analogie est confirmé par la tradition. Pothier est très-explicite. « Quoique, dit-il, je fusse créancier du cédant dès avant le transport, cependant si, ayant connaissance de ma créance, j'ai néanmoins accepté purement et simplement le transport, je suis censé avoir, par mon acceptation pure et simple, renoncé à la compensation, et je ne pourrai l'opposer au cessionnaire qui a compté sur mon acceptation, *sauf à moi à exercer ma créance contre le cédant*. C'est ce qui a été jugé par des arrêts cités par Despeisses. » C'est donc l'ancienne créance

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 239, note 5, § 329. Comparez Toullier, t. IV, 1, p. 306, n° 391, qui se montre plus sévère.



qui subsiste, il n'y a pas eu de compensation. Les auteurs du code ont reproduit la décision de Pothier, et ils en ont adopté les motifs. Bigot-Préameneu dit : « Il y a, dans ce cas, renonciation de la part de ce débiteur à proposer l'exception de compensation. » Si l'*exception* est détruite par la renonciation, l'*action* subsiste. C'est l'opinion de Pothier formulée en d'autres termes. Jaubert, le rapporteur du Tribunat, donne un exemple d'où il résulte clairement que le débiteur qui n'a pas opposé la compensation de ce que lui doit son créancier peut poursuivre celui-ci (1). L'esprit de la loi est donc en harmonie avec la tradition et avec les textes.

La renonciation suppose que le débiteur qui accepte la cession connaît l'existence de la créance et sait que sa dette est éteinte par la compensation. Que faut-il décider s'il ignorait qu'il fût créancier? L'article 1295 ne prévoyant pas la question, il faut s'en tenir à l'article 1299. Or, d'après cet article, la compensation est censée ne pas exister lorsque le débiteur paye la dette éteinte, sans distinguer, entre les parties, si le payement a ou non été été fait en connaissance de cause. Nous ne revenons pas sur les principes, il faut prendre la loi telle qu'elle est. Il n'y a pas de compensation, donc la première créance subsiste, et on ne peut pas même dire qu'il y ait payement indû.

467. Quel est l'effet de la renonciation à l'égard des tiers? L'article 1295 ne le dit pas. Il faut donc procéder par voie d'analogie. Lorsque le débiteur accepte la cession en connaissance de cause, il n'y a aucun doute, c'est une renonciation; or, le débiteur peut bien renoncer à ses droits, mais il ne peut pas renoncer aux droits acquis à des tiers. La compensation a éteint de plein droit les cautionnements et les hypothèques; c'est un droit acquis au profit de tous ceux qui ont intérêt à s'en prévaloir. Cela est décisif (2).

Que faut-il décider si le débiteur avait une juste cause

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 633. Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 165 (Locré, t. VI, p. 176). Jaubert, Rapport, n° 53 (Locré, p. 216).
(2) Duranton, t. XII, p. 544, nos 434 et 435.

d'ignorer la créance dont il n'a pas opposé la compensation? Peut-on, dans ce cas, appliquer par analogie la disposition de l'article 1299? La question est très-controversée; dans notre opinion, l'affirmative n'est guère douteuse. L'acceptation de la cession faite par celui qui ignorait qu'il fût créancier est viciée par l'erreur, partant nulle. En ce sens, le cas de l'article 1295 et celui de l'article 1299 sont identiques, donc il doit y avoir même décision. On objecte que, d'après Pothier même, c'est une disposition d'équité, ce qui implique qu'elle déroge à la rigueur des principes, et une exception ne s'étend pas, fût-ce par motif d'analogie (1). Nous répondons qu'en cette matière il est très-chanceux d'argumenter et de décider d'après les principes généraux, puisque la loi y déroge. Il faut donc s'en tenir à cette espèce de fiction, qu'il n'y a pas eu de compensation; ce qui permet de maintenir les priviléges et les hypothèques contre les tiers lorsque l'acceptation faite par le débiteur est viciée par l'erreur (2).

La loi ne parle que du débiteur qui a accepté la cession malgré la compensation qui avait éteint la créance cédée. Que faut-il dire du cessionnaire? On enseigne qu'à son égard on doit maintenir les effets de la compensation. Il a acheté une créance éteinte; par l'effet de l'acceptation du débiteur, il a action contre celui-ci, mais les cautionnements et les hypothèques attachés à sa créance restent éteints (3). Cela nous paraît douteux si l'on s'en tient au principe qui gouverne cette matière. Il n'y a pas de compensation, donc pas d'extinction de la créance du cessionnaire, pas plus que de la créance du débiteur, partant tous les droits sont maintenus. Au moins faut-il le décider ainsi quand le cessionnaire ignorait l'extinction de la dette: son consentement est vicié par l'erreur. Il y a, sous ce rapport, analogie entre le cessionnaire et le débiteur. S'il avait connaissance de la cession, il a renoncé à la compensation, il ne peut pas faire revivre des droits qui sont

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 240, note 9, § 329.
(2) Comparez Mourlon, t. II, p. 765, n° 1458[4].
(3) Duranton, t. XII, p. 546, n° 435.

éteints. Ces déductions sont néanmoins douteuses, à cause du silence de la loi.

ARTICLE 2. De la compensation facultative et judiciaire.

§ Ier. *De la compensation facultative.*

N° 1. PRINCIPE.

468. La compensation facultative, comme l'indique le mot, est celle qui dépend de la volonté de l'une des parties, ce qui suppose que les conditions de la compensation n'existent pas à l'égard de l'une d'elles, en ce sens que sa dette ou sa créance n'est pas compensable, mais qu'elle a la faculté d'écarter cet obstacle, parce qu'il n'est établi qu'en sa faveur (1). Je suis créancier de Pierre de 1,000 fr. à terme; il devient mon créancier de 1,000 fr. Il n'y a pas lieu à la compensation légale, puisque la dette de Pierre n'est pas exigible; mais, le terme étant stipulé dans l'intérêt du débiteur, Pierre a le droit d'y renoncer, et s'il y renonce, sa dette devient exigible et partant compensable (2). Il dépend donc du débiteur à terme qu'il y ait compensation; en ce sens elle est facultative (3).

469. La différence est grande entre la compensation facultative et la compensation légale. Quand les deux dettes sont compensables, elles s'éteignent de plein droit dès l'instant où elles se trouvent exister à la fois; la compensation se fait à l'insu du débiteur et même malgré lui, puisque sa volonté n'y intervient point. Il en est tout autrement de la compensation facultative. Il faut une déclaration de volonté de celle des parties qui a une dette ou une créance non compensable pour que la compensation devienne possible; et c'est seulement par suite de cette renonciation que la compensation se fera. De là une seconde différence, également essentielle. La compensation légale éteint les deux dettes dès qu'elles existent

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 309, n° 396.
(2) Bruxelles, 13 juin 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 401).
(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 472, n° 251 *bis* V.

simultanément; tandis que la compensation facultative n'existe que du moment où la dette non compensable est devenue compensable par la volonté de la partie qui avait le droit de s'opposer à la compensation. S'il s'agit d'une dette à terme, elle ne devient compensable qu'à partir du moment où le débiteur a renoncé au bénéfice du terme; c'est donc de ce moment que datera la compensation (1).

Le code ne parlant pas de la compensation facultative, il est arrivé que des cours l'ont confondue avec la compensation légale, en ce sens qu'elles ont admis l'extinction des deux dettes, non à partir du moment où elles deviennent compensables, mais à partir du moment où elles ont existé à la fois, comme le dit l'article 1290. Il est stipulé qu'une dette ne sera exigible qu'un mois après avertissement donné au débiteur : c'est une dette à terme, donc non compensable. Cependant la cour de Rouen a admis la compensation de droit, comme si la dette était échue et sans que le débiteur eût fait aucune déclaration. L'arrêt dit que l'avertissement n'était qu'un terme de faveur, et l'arrêtiste va jusqu'à l'assimiler à un délai de grâce. Cela n'est pas exact (2). Un terme conventionnel est un droit, et non une grâce ni une faveur; donc, pour qu'il y ait compensation, il faut que le débiteur renonce à ce terme et, par suite, la compensation ne s'opère qu'à partir du jour où la renonciation a eu lieu. Décider qu'elle rétroagit, c'est confondre la compensation facultative avec la compensation légale.

N° 2. APPLICATION.

470. Le capital d'une rente n'est pas exigible, donc il ne peut être l'objet d'une compensation légale. Mais le débiteur peut demander le rachat; dès lors le capital devient exigible et, par conséquent, compensable. A partir de quel moment la compensation aura-t-elle lieu? La compensation ne s'opère pas dès l'instant que le débiteur est

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 236 et note 3, § 328, et les auteurs qui y sont cités.

(2) Rouen, 20 janvier 1853 (Dalloz, 1855, 5, 91).



devenu créancier de son créancier; il n'y aura compensation que du jour que le débiteur déclare au créancier qu'il entend racheter la rente et à cet effet compenser la rente avec pareille somme que lui doit le créancier. La cour de Liége l'a décidé ainsi, et cela n'est pas douteux (1).

La cour de cassation a jugé dans le même sens que lorsque le débiteur contre lequel le créancier réclame le service d'une rente oppose la compensation avec ce qui lui est dû par le crédirentier, il consent par cela même au remboursement de cette rente; par suite les dettes et créances respectives des parties devenant exigibles et liquides, la compensation doit être prononcée (2).

471. La loi déclare les dettes alimentaires insaisissables et, par suite, non compensables (art. 1293, 3° et code de proc., art. 581). Cependant une créance alimentaire peut servir à compensation. Voici l'espèce dans laquelle la compensation a été admise. Le crédirentier avait reçu des avances pour satisfaire à ses besoins; il céda les arrérages de la rente en compensation de ce qu'il devait. En première instance, la compensation fut rejetée, la cour d'appel l'admit, ainsi que la cour de cassation. Ce qui avait trompé le premier juge, c'est que la rente alimentaire est insaisissable; il en avait conclu qu'elle était incessible et que, par suite, la compensation ne pouvait se faire. C'était méconnaître le droit que le propriétaire a de disposer de sa chose, à moins qu'une loi ne s'y oppose; or, s'il y a des lois qui déclarent incessibles les pensions accordées par le gouvernement, il n'en est pas de même des pensions données ou léguées par des particuliers. La loi dit seulement qu'elles sont insaisissables, c'est-à-dire que le crédirentier ne peut être privé de son droit malgré lui; la loi ne dit pas que le créancier n'en puisse disposer. Il suit de là que le créancier peut céder les arrérages de la rente en compensation de ce qu'il doit pour avances. Son intérêt même exige qu'il en soit ainsi : s'il ne pouvait céder

(1) Liége, 12 décembre 1811 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2781, 2°).
(2) Rejet, 26 octobre 1814 (Dalloz, n° 2781, 1°).



son droit, il n'obtiendrait pas d'avances, et de quoi vivrait-il si les arrérages n'étaient pas payés (1)?

472. Il a été jugé qu'une dette non liquide peut servir à compensation quand la créance est certaine et que la liquidation n'entraîne aucun retard. La cour de Toulouse dit qu'il y a lieu, en ce cas, non à la compensation de plein droit, mais à une compensation d'équité (2). Cela est vague. Il est certain que ce n'est pas un cas de compensation facultative, car il ne dépend pas du créancier d'opposer la compensation d'une créance non liquide; ce n'est pas à lui de décider qu'elle est facilement liquidable, c'est au juge. La compensation est donc judiciaire. Nous allons voir que la différence est grande entre la compensation que le juge prononce et celle que les parties intéressées ont la faculté de réclamer.

§ II. *De la compensation judiciaire.*

Nº 1. QU'ENTEND-ON PAR DEMANDES RECONVENTIONNELLES?

473. Le code civil ne parle pas des demandes reconventionnelles, et la plupart des auteurs n'en disent qu'un mot. Elles jouent cependant un grand rôle dans la jurisprudence, mais la matière est remplie d'incertitudes à cause du silence de la loi. Raison de plus pour que l'interprète essaye au moins d'établir des principes certains.

Le code civil ignore jusqu'au mot de *reconvention*. Dans sa plus large acception, il signifie toute demande formée par le défendeur contre le demandeur. Il y a des demandes reconventionnelles qui appartiennent à la procédure. Telles sont les demandes connexes dont parle l'art. 171 du code de procédure : si la demande est connexe à une contestation pendante en un autre tribunal, le renvoi pourra être ordonné devant le juge qui en est saisi. Nous n'avons pas à traiter des renvois proprement dits. Il y a encore reconvention lorsque la demande formée par le défendeur est la défense à l'action principale; quand cette

(1) Rejet, 1er avril 1844 (Dalloz, au mot *Mariage*, nº 713, 2º).
(2) Toulouse, 14 août 1818 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 2686)

défense ne tend pas à éteindre l'action principale par la compensation que le juge est appelé à prononcer, elle est étrangère au droit civil. Il n'y a que les demandes qui ont pour objet la compensation qui soient de notre domaine. L'article 464 du code de procédure dit qu'elles peuvent encore être formées en appel. Voilà les demandes reconventionnelles du code civil (1).

474. L'article 464 prouve que les demandes reconventionnelles existent dans notre législation moderne, quoique nos codes ne prononcent pas le mot. En effet, la compensation dont il est question dans l'article 464 est la compensation reconventionnelle, plutôt que la compensation légale; on ne peut pas dire de celle-ci que c'est une demande nouvelle, c'est un payement que le débiteur oppose à son créancier; ce n'est pas le juge qui la prononce, il ne fait que la déclarer si elle existe; tandis qu'il est de l'essence de la compensation reconventionnelle qu'elle soit prononcée par le juge, ce qui suppose un débat judiciaire. Le cas ordinaire dans lequel la demande reconventionnelle conduit à une compensation judiciaire est celui où à une créance liquide réclamée contre le défendeur, celui-ci oppose une créance non liquide; si la liquidation peut se faire facilement, le juge surseoit à statuer sur la demande principale; il liquide la demande reconventionnelle et compense les deux créances. C'est là la demande nouvelle dont parle l'article 464 et qui peut être formée en appel, parce que si le juge l'admet, elle équivaut à un payement (2).

475. Que les demandes reconventionnelles existent encore dans notre législation, cela ne peut guère être contesté. Mais quels sont les principes qui les régissent? Ici commence l'incertitude. On a prétendu que le code civil ne traitant pas de la compensation judiciaire, l'ancien droit restait en vigueur. Cela est inadmissible. La reconvention est une espèce de compensation; or, le code a toute une section sur la compensation; il faut donc appli-

(1) Tempier, *De la reconvention*, 2e édition, 1 vol. in-8o. Paris, 1860.
(2) Boitard et Colmet-Daage, *Procédure civile*, édition de 1868, t. II, nos 707 et 708. Colmet de Santerre, t. V, p. 474, no 251 *bis* VII.

quer la loi du 30 ventôse an XII, qui abroge les coutumes ainsi que tout l'ancien droit dans les matières qui font l'objet du code civil (1). Mais si l'on ne doit plus suivre l'ancien droit, où les juges puiseront-ils leurs motifs de décider? La question fut agitée au conseil d'Etat, mais la discussion a été assez confuse. Nous avons dit que le cas le plus usuel de reconvention est celui d'une dette non liquide, dont le juge ordonne la liquidation pour la compenser avec la dette liquide dont le demandeur réclame le payement. Au conseil d'Etat, Maleville demanda que l'on étendît la compensation légale aux créances faciles à liquider. C'était demander une chose impossible : la compensation, comme nous l'avons dit, ne saurait être légale quand l'une des dettes n'est pas liquide, elle ne peut être que judiciaire. La proposition de Maleville aboutissait donc à dire que la compensation judiciaire serait une compensation légale, ce qui est un non-sens. Mais les membres du conseil d'Etat qui combattirent la proposition reconnaissaient au juge le pouvoir d'admettre la compensation d'une créance non liquide avec une créance liquide. La compensation de droit, dit Treilhard, est impossible, car elle suppose nécessairement que les deux créances sont déterminées. Cela n'empêche pas le juge d'admettre la compensation d'une créance dont la liquidation est facile. Maleville avait cité l'exemple suivant : Je demande le payement de 100 francs que j'ai avancés à un artisan; il réclame contre moi le payement de travaux qu'il a faits; le montant pécuniaire de cette demande compensatoire étant très-facile à établir, le juge ne condamnera pas le défendeur à payer les 100 francs, quoique la dette soit certaine, il liquidera la créance de l'artisan et la compensera avec sa dette. Treilhard dit que le juge, déférant à l'équité, accorderait un délai au débiteur, c'est-à-dire surseoirait à la condamnation pour donner au défendeur le temps de faire liquider sa créance. Tronchet ajouta qu'il ne fallait pas confondre cette compensation

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 36, nos 25 et 26. Desjardins, p. 490, no 148.

judiciaire avec la compensation légale. Celle-ci éteint les deux créances dès l'instant où elles coexistent et, dès ce moment, les intérêts cessent de courir; tandis que dans la compensation judiciaire les intérêts ne cesseront de courir que du jour où la liquidation sera faite, dit Bigot-Préameneu, pour mieux dire, du jour où le juge admettra la compensation. Maleville se déclara satisfait de ces explications; le procès-verbal, dit-il, apprendra au juge qu'il peut admettre la *compensation d'équité* en différant la condamnation (1). Nous aurions préféré que le code formulât les principes qui régissent la compensation judiciaire. Dire que c'est une compensation d'équité, c'est investir le juge d'un pouvoir arbitraire, ce qui est en opposition avec les principes de notre droit public.

476. La compensation judiciaire diffère aussi de la compensation facultative. Celle-ci dépend de la volonté des parties intéressées; et dès que cette volonté est déclarée, la compensation produit ses effets, comme la compensation qui se fait en vertu de la loi : c'est la volonté de l'homme qui tient lieu de loi. Si le juge est appelé à statuer, il décidera que la compensation s'est opérée le jour où la partie intéressée qui avait le droit de s'opposer à la compensation y a consenti. Il n'en est pas de même de la compensation judiciaire, elle est prononcée en vertu d'une demande que le juge peut accueillir, qu'il peut aussi rejeter ; c'est donc lui qui la prononce, et elle n'a d'effet qu'à partir du jugement (2). On a objecté que tout jugement rétroagit au jour de la demande et qu'il en devait être de même du jugement qui admet la compensation (3). A notre avis, c'est mal appliquer le principe de la rétroactivité des décisions judiciaires; si elles rétroagissent, c'est en tant qu'elles ne font que déclarer les droits des parties; les jugements ne rétroagissent pas quand ils créent un droit qui n'appartenait pas aux parties; or, il

(1) Séance du conseil d'Etat du 25 brumaire an XII, n° 13 (Locré, t. VI, p. 97).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 474, n° 251 *bis* VIII.
(3) Larombière, t. III, p. 694, n° 26 de l'article 1293 (Ed. B., t. II, p. 386). En sens contraire, Desjardins, p. 526, n° 164.

est bien certain que la compensation judiciaire n'est pas un droit pour les parties intéressées, puisque le juge peut la refuser; donc la compensation n'existera que du jour où le juge l'aura admise.

La reconvention suppose une action intentée en justice, c'est pour cela qu'on l'appelle demande reconventionnelle; tandis que la compensation légale se fait en vertu de la loi et à l'insu des parties; elle doit seulement être opposée par le défendeur, c'est-à-dire qu'il doit la faire connaître au juge. La compensation facultative se fait aussi sans action, car elle dépend de la seule volonté des parties intéressées. Dans le cas de reconvention, au contraire, le défendeur ne se borne pas à opposer une simple exception; il forme une véritable action, dont l'objet est de faire constater et reconnaître la dette, et qui doit être instruite et jugée par le tribunal saisi de la demande principale. La cour de cassation a déduit de ce principe la conséquence que les créanciers, agissant du chef de leur débiteur, peuvent bien opposer au demandeur la compensation légale, mais qu'ils ne peuvent pas former en son nom une demande reconventionnelle sans le mettre lui-même en cause (1).

477. Le créancier qui a une créance illiquide contre celui dont il est le débiteur a intérêt à en poursuivre la liquidation pour pouvoir la compenser avec sa dette. Il peut donc prendre l'initiative et agir contre son débiteur. Mais cette manière de procéder présente un danger : le défendeur qui est créancier du demandeur peut vendre la créance et empêcher par là la compensation lorsque la liquidation sera faite. Dans ce cas, la jurisprudence accorde au demandeur le droit de saisir entre ses propres mains la somme liquide qu'il doit au défendeur. La saisie-arrêt, dans la doctrine consacrée par la jurisprudence, empêche le créancier dont la créance est saisie d'en disposer au préjudice du saisissant (2). Cette dernière question est douteuse; nous la renvoyons à la procédure, en

(1) Rejet, 1er juillet 1851 (Dalloz, 1851, 1, 192).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 475, nos 251 *bis* IX et X.

nous bornant à remarquer que la saisie-arrêt sur soi-même n'étant admise que comme garantie de la compensation judiciaire, il faut, pour qu'elle puisse être pratiquée, que cette compensation soit possible, c'est-à-dire que la liquidation de la créance soit prompte et facile (1).

N° 2. CONDITIONS DE LA RECONVENTION.

478. La coutume de Paris contenait sur les demandes reconventionnelles une disposition ainsi conçue (art. 106): « Reconvention n'a lieu *si elle ne dépend de l'action* et que la demande en reconvention soit *la défense contre l'action premièrement intentée.* » Fallait-il deux conditions : 1° que la demande reconventionnelle dépendît de l'action; 2° qu'elle fût une défense contre cette action? Dans la pratique, on se contentait de la connexité. Loisel formule le principe en ces termes : « Reconvention n'a point de lieu, fors de la même chose dont le plaid est » (V, 2, 2).

On lit dans le *Répertoire* de Merlin : « Les canonistes tiennent que la reconvention a lieu en cour ecclésiastique; ce qui veut dire que dans ces tribunaux on admet le défendeur à former toutes sortes de demandes reconventionnelles, quoiqu'elles ne dépendent pas de la première (2). »

Voilà deux principes contraires : lequel faut-il suivre en droit moderne? Merlin se prononce pour la règle du droit canonique; si les coutumes disaient que « reconvention n'a lieu en cour laye, si elle ne dépend de l'action, » c'est parce que la justice coutumière, pour mieux dire, féodale, était considérée comme un patrimoine des seigneurs : ils tenaient à l'exercice de la justice, comme à un attribut de leur souveraineté et comme à un droit pécuniaire. La justice ecclésiastique n'avait rien de commun avec cet ordre d'idées; elle favorisait la compensation et les demandes compensatoires, parce que par là elle étendait sa juridiction. Aujourd'hui la lutte a cessé, au moins dans

(1) Liége, 8 juillet 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 34).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Reconvention*, § II (t. XXVII, p. 252).

le domaine de la justice; il n'y a plus de justice ecclésiastique ni patrimoniale. La question de savoir si l'on ne doit admettre les demandes reconventionnelles que lorsqu'elles dépendent de l'action principale est donc devenue une question de pur droit civil; il n'y a plus d'intérêt politique en jeu. La question est controversée et douteuse.

Il y a un premier point qui nous paraît certain : la demande reconventionnelle est admise quand même elle ne procéderait pas de la même cause que la demande principale. En matière de compensation légale, on n'exige pas que la cause des deux dettes soit la même; aux termes de l'article 1293, « la compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une et de l'autre des deux dettes, » sauf dans les cas exceptés par la loi. S'il en est ainsi de la compensation, pourquoi n'en serait-il pas de même de la reconvention, qui n'est autre chose qu'une compensation prononcée par le juge? La doctrine est en ce sens, ainsi que la jurisprudence (1).

Mais comment faut-il entendre le principe dans son application aux demandes reconventionnelles? Doit-on appliquer la règle coutumière et exiger que la demande reconventionnelle *dépende* de la demande principale, ou qu'elle soit une défense à l'action principale tendant à la compensation? Sur ce point règne la plus grande incertitude. La loi est muette. Est-ce qu'il appartient à l'interprète de combler la lacune? peut-il exiger des conditions que la loi ne prescrit point? A notre avis, l'interprète, à défaut de texte, doit appliquer les principes généraux de droit. La difficulté se réduit donc à savoir si la condition de dépendance ou de connexité que les coutumes prescrivaient résulte des principes. Nous n'avons d'autre règle que l'analogie entre la compensation légale et la compensation judiciaire. Or, la compensation légale s'opère dès qu'il y a deux dettes compensables, qu'elles soient ou non connexes; elles n'auraient absolument rien de commun, qu'elles ne se compenseraient pas moins. Pourquoi en

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 306, n° 391. Liége, 22 mai 1869 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 7).

serait-il autrement des demandes reconventionnelles quand le juge les déclare compensables?

L'analogie que nous invoquons a été reconnue par la cour de cassation dans le projet de code de procédure qu'elle a dressé sur la communication qui lui fut faite du projet du gouvernement. D'après l'article 148, il y avait lieu à la reconvention dans tous les cas où elle n'était pas défendue par la loi. C'est le principe de l'article 1293, appliqué aux demandes reconventionnelles. Il est vrai que le conseil d'Etat écarta toutes les dispositions du projet qui concernaient la reconvention. Peu nous importe; nous demandons, pour le moment, s'il y a un principe de droit d'où l'on puisse induire la condition de dépendance ou de connexité établie par les coutumes; l'analogie incontestable entre la compensation judiciaire et la compensation légale nous conduit à accepter la doctrine formulée par la cour de cassation.

On a fait une objection sérieuse contre la théorie de la cour de cassation : ce serait, dit-on, éluder le préliminaire de conciliation que de venir présenter des demandes tout à fait nouvelles qu'il a été impossible à l'adversaire de prévoir (1). Nous retrouverons la même objection dans la jurisprudence. On peut y répondre : d'abord qu'il y a des causes qui ne sont pas soumises au préliminaire de conciliation; telles sont les contestations commerciales dans lesquelles les reconventions se présentent si souvent. Puis, l'analogie de la compensation ne donne-t-elle pas une réponse péremptoire? On peut l'opposer en appel; or, la reconvention, quand elle est admise, équivaut à la compensation; si celle-ci est dispensée du préliminaire de conciliation, pourquoi n'en serait-il pas de même des demandes reconventionnelles? Nous disons : quand elles sont admises; le juge n'est pas obligé de les admettre : le pouvoir discrétionnaire qu'il a lui permet de sauvegarder tous les droits. Si la reconvention soulève des difficultés, si elle est douteuse, il la rejettera, et

(1) Bonnier, *Eléments de procédure civile*, n° 43. Desjardins, p. 492 et suiv.



ce n'est que dans cette supposition que le préliminaire de conciliation a quelque utilité. Si, au contraire, la créance reconventionnelle est certaine, s'il s'agit seulement de la liquider, le renvoi devant le juge de paix serait tout à fait inutile. Enfin, le défendeur peut prévenir l'objection en citant le demandeur en conciliation, sauf à ne pas se concilier et à présenter ensuite sa demande dans l'instance qui est engagée.

479. Il y a un arrêt de la cour de Gand dans le sens de notre opinion; la cour reproduit le principe du droit canonique, comme l'a fait Merlin : c'est le vrai principe (1). La jurisprudence des cours de Belgique est, en général, conforme à la tradition coutumière. Le plus souvent les arrêts ne sont pas même motivés. Ainsi la cour de Bruxelles pose en principe que le débiteur d'une dette liquide peut y opposer la reconvention si celle-ci est relative à des objets connexes et résultant de la même négociation (2). La cour de La Haye invoque la pratique ancienne; elle exige en conséquence les conditions suivantes pour que la demande reconventionnelle soit admise : il est requis que la demande principale et la reconvention reposent sur le même titre et en dérivent, qu'il existe ainsi une connexité entre les deux demandes et que, par suite, la dernière soit la défense à la première (3). Il nous semble que la tradition doit être écartée en matière de reconvention. Nos coutumes n'y étaient pas favorables, elles commencèrent par la rejeter et quand elles l'admirent, ce fut avec des restrictions; ces conditions n'ont plus de raison d'être en droit moderne. Le législateur français favorise la compensation; pourquoi serait-il défavorable aux demandes reconventionnelles qui tendent au même but, à la libération du débiteur, et qui préviennent également un second procès?

Il y a des arrêts nombreux sur la reconvention, tous plus ou moins restrictifs. La cour de Bruxelles se fonde

(1) Gand, 8 avril 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 163). Merlin, *Répertoire*, au mot *Reconvention*, §§ 2-4 (t. XXVII, p. 252).
(2) Bruxelles, 21 octobre 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 481).
(3) La Haye, 24 mai 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 131).

encore sur le préliminaire de conciliation, qui était inconnu dans l'ancien droit, mais qui donne une couleur légale à la tradition; elle a jugé que la reconvention n'est admissible que lorsque la demande du défendeur est incidente et connexe à la demande principale; si, au contraire, la demande reconventionnelle est indépendante de l'action, on doit la regarder elle-même comme une demande principale, laquelle, d'après l'article 48 du code de procédure, ne peut être introduite qu'après avoir subi l'épreuve de la conciliation (1). Il nous semble que la cour prouve trop : toute reconvention est une action, comme l'a dit la cour de cassation de France (n° 476); donc toute demande reconventionnelle devrait être renvoyée devant le juge de paix; ce renvoi serait une formalité inutile, car en opposant la reconvention à la demande principale, pour l'éteindre, le défendeur manifeste clairement la volonté de ne pas se concilier.

480. Quand la demande reconventionnelle est-elle connexe? Il n'y a pas de loi, la tradition coutumière est vague; c'est dire que les tribunaux jugent souverainement, c'est-à-dire arbitrairement. Il y a des arrêts qui semblent exiger que la demande reconventionnelle soit basée sur le contrat en vertu duquel agit le demandeur (2). C'est dépasser les exigences de nos coutumes, et, tout en les dépassant, la jurisprudence ne respecte pas le préliminaire de conciliation, qui est le seul obstacle légal à la reconvention; car, quoique dépendante du même contrat, la demande reconventionnelle est nouvelle, elle n'a pas été soumise au juge de paix, donc il faudrait la lui renvoyer. Nous concevons la nécessité du renvoi quand la reconvention soulève des questions qui n'ont pas été examinées par le premier juge (3); le principe de la double juridiction exige, en ce cas, que l'affaire soit renvoyée et jugée d'après le droit commun. Le pouvoir du juge d'appel prévient les abus que l'on pourrait redouter. Reste à

(1) Bruxelles, 1er février 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 46).
(2) Bruxelles, 9 mars 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 176). Comparez. Bruxelles, 18 juin 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 26).
(3) Bruxelles, 14 avril 1851 (*Pasicrisie*. 1853, 2, 245).

savoir quand il y a des questions nouvelles. Nous n'avons pas de réponse à cette difficulté, pas plus qu'à celle de la connexité, parce qu'il n'y a pas de loi. Nous nous bornons à citer les décisions rendues par nos cours; il est inutile d'ajouter que, dans notre opinion, elles sont trop restrictives.

Est recevable la demande reconventionnelle qui se lie à la demande principale au point qu'on ne saurait apprécier certains chefs de celle-ci sans préjuger l'autre (1). Cela est d'évidence; mais fera-t-on de cela une condition de toute demande reconventionnelle? Ce serait décider qu'il n'y en aurait plus. Cependant elles abondent. Il faut, dit un autre arrêt, que la reconvention ait un rapport direct avec la demande (2). Ces conditions sont extralégales; dans le silence de la loi, nous préférons le principe formulé dans le projet de la cour de cassation : « Il y a lieu à la reconvention dans tous les cas où elle n'est pas défendue par la loi. » C'est le principe que le code établit pour la compensation : toutes dettes sont compensables, sauf les exceptions prévues par la loi.

481. Il y a une seconde condition exigée par la jurisprudence, elle est de fait plutôt que de droit. Le créancier dont la créance est certaine, liquide, exigible, a le droit d'exiger son payement et d'obtenir une condamnation contre le débiteur. Si le défendeur lui oppose une demande reconventionnelle, le jugement, et par suite, la condamnation et le payement seront nécessairement retardés. Le juge a-t-il le droit d'entraver l'exécution de l'obligation, en admettant des demandes reconventionnelles? Nous avons déjà constaté que la jurisprudence reconnaît ce pouvoir au juge, sous la condition que la décision de la demande reconventionnelle soit prompte et facile (n° 477). C'est une dérogation à la rigueur du droit; quelque court que soit le délai, quand même le retard ne serait que de quelques jours, le créancier peut dire que l'on porte atteinte à son droit en en retardant l'exercice.

(1) Liége, 8 juillet 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 245).
(2) Liége, 12 juillet 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 17).

Mais nos lois n'admettent pas cette rigueur; ainsi, elles permettent au débiteur de mettre ses garant en causes et elles lui donnent à cet effet un délai de huitaine. Il résulte de la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat (n° 475) que l'intention des auteurs du code a été de modérer la rigueur du droit par l'équité. La jurisprudence des cours de Belgique est en ce sens.

Il faut, dit la cour de Bruxelles, que le défendeur puisse justifier promptement et sommairement la demande qu'il oppose en compensation au créancier (1). Il n'y a pas lieu, dit un autre arrêt, d'admettre la reconvention quand la demande reconventionnelle est de nature à occasionner des longueurs ou des difficultés dans l'instruction (2). Dès que la demande reconventionnelle nécessite des devoirs de preuve, les cours se montrent très-difficiles; elles la rejettent surtout quand elle n'a aucun rapport avec la demande principale et que le fondement en est nié (3). Mais il n'y a rien d'absolu en cette matière, qui est essentiellement de fait : il a été jugé que la demande reconventionnelle doit être admise, alors même qu'elle nécessite des devoirs de preuve, lorsque la reconvention repose sur les mêmes faits que la demande principale (4).

Il y a des cas où la reconvention n'apporte aucun retard au jugement de la demande principale; c'est quand celle-ci donne lieu à un interlocutoire qui permet au défendeur de procéder à la liquidation de sa créance. Le juge procède alors simultanément à l'instruction des deux demandes et il les décide par un seul jugement, sans qu'il en résulte aucun retard pour le demandeur, puisque l'interlocutoire aurait entravé la procédure, alors même qu'il n'y aurait pas eu de demande reconventionnelle (5).

Ce n'est pas toujours sur la liquidité que porte le débat. Il se peut qu'une dette soit illiquide, en ce sens

(1) Bruxelles, 7 mai 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 367).
(2) Bruxelles, 23 mai 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 145).
(3) Bruxelles, 23 juillet 1870 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 165).
(4) Bruxelles, 21 mars 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 102).
(5) Bruxelles, 2 août 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 200).

qu'elle ne puisse être opposée au demandeur à défaut d'une formalité qui n'est pas remplie. Une créance est cédée au débiteur, il néglige de la signifier à son créancier : une cession non signifiée n'existe pas à l'égard des tiers, ce qui rend impossible la compensation légale; mais rien de plus facile, en ce cas, que la reconvention; il suffit de produire l'acte de cession pour la justifier (1).

Les tribunaux se montrent peu favorables aux demandes reconventionnelles, et, il faut l'avouer, de mauvais débiteurs en abusent pour traîner les procès en longueur. Coquille s'en plaint et dit que les reconventions empêchent la décision de la demande; Justinien déjà recommandait aux juges de se montrer très-sévères dans l'admission des demandes reconventionnelles (2). Le sentiment de justice qui anime les juges suffit pour qu'ils doivent repousser des demandes quand ce ne sont que des chicanes. S'il y a des créanciers rigoureux, il y a aussi des débiteurs récalcitrants. Le propriétaire demande le payement de fermages arriérés ; la dette est certaine, authentiquement constatée, faudra-t-il que le juge en suspende l'exécution quand le fermier oppose au bailleur que celui-ci n'a pas fait les réparations dont il est tenu? Oui, si la reconvention est sérieuse et qu'elle puisse être facilement jugée. Non, lorsque la demande reconventionnelle est niée, qu'elle a déjà donné lieu à des contestations et qu'elle nécessite, par conséquent, une longue instruction (3). A plus forte raison, de simples prétentions contestées, incertaines, ne doivent-elles pas être accueillies par le juge. C'est la jurisprudence de nos cours (4), et la cour de cassation de France a décidé formellement que le juge doit adjuger la demande quand elle est liquide, tandis que la reconvention n'est fondée sur aucun titre et qu'elle st déniée par le demandeur (5).

482. On lit dans un arrêt que la demande reconven-

(1) Rejet, 23 mars 1870 (Dalloz, 1871, 1, 51).
(2) Toullier, t. IV, 1, p. 418, nos 412 et 413, rapporte les passages.
(3) Liége, 24 mai 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 149).
(4) Bruxelles, 29 janvier 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 27); et 24 décembre 1856 (*ibid.*, 1857, 2, 268).
(5) Rejet, 22 juillet 1872 (Dalloz, 1873, 1, 349).

tionnelle doit être liquide et exigible, et Toullier dit que c'est une règle fondamentale en cette matière « que la reconvention n'est pas admise ès-choses où la compensation n'a point de lieu. » Ce sont les expressions de Brodeau sur la coutume de Paris (1). La formule est trop absolue. Il ne faut certes pas que la demande reconventionnelle réunisse toutes les conditions requises pour la compensation; s'il en était ainsi, la reconvention serait inutile, puisqu'il y aurait lieu à la compensation légale. On ne peut donc pas exiger que la créance reconventionnelle soit liquide; c'est précisément quand elle est illiquide que le défendeur, ne pouvant pas opposer la compensation, oppose la reconvention. Mais comme la demande reconventionnelle tend à compenser une créance du défendeur avec la créance du demandeur, il faut qu'elle soit compensable, en ce sens que le juge puisse compenser les deux dettes. Ainsi la demande reconventionnelle doit aboutir à une condamnation pécuniaire, sinon la compensation est impossible. Il faut aussi que la dette soit exigible, car si elle ne l'est pas, le juge ne peut pas prononcer de condamnation contre le demandeur et, par suite, il ne peut pas compenser la créance exigible avec une dette non exigible. Il faut encore que chacune des parties soit débitrice de l'autre, dans le sens de l'article 1289, sinon il ne peut s'agir de compensation. Il a été jugé que le défendeur ne peut opposer reconventionnellement au gérant d'une société ce que celui-ci lui doit personnellement (2). Enfin, le dépositaire, l'emprunteur, le débiteur, d'une rente alimentaire et le spoliateur ne peuvent former de reconvention contre la demande en restitution que forment le déposant, le prêteur ou le propriétaire dépouillé, ni contre la demande de pension alimentaire.

483. La compétence qui, au moyen âge, était une lutte de souveraineté, donne encore lieu aujourd'hui à de fréquentes contestations. Comme la matière tient à la pro-

(1) Liége, 24 mai 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 149). Toullier, t. IV, 1, p. 314, n° 408.
(2) Bruxelles, 30 mai 1860 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 86).

cédure, nous nous bornerons à constater la doctrine et la jurisprudence.

La cour de cassation, dans son projet de code de procédure, a nettement formulé les principes : « La reconvention n'est pas recevable, si le juge est incompétent à raison de la matière qui fait l'objet de la reconvention. » Il y a de cela une raison péremptoire : en statuant sur la demande reconventionnelle, le juge étend sa juridiction ; or, il est de principe que le juge ni les parties ne peuvent proroger la juridiction lorsque le tribunal est incompétent à raison de la matière, puisque cette incompétence est d'ordre public (1).

Par application de ce principe, il faut décider qu'une cause civile ne peut être portée reconventionnellement devant un tribunal criminel (2). Si la reconvention est formée devant un tribunal de commerce, il faut voir si l'objet de la demande est de la compétence des juges consulaires ; ils pourront, en ce cas, connaître de la reconvention ; mais s'ils sont incompétents à raison de la matière, ils sont obligés de renvoyer la demande, même d'office, devant le juge civil. Cela est d'évidence quand on admet le principe, généralement reconnu, que la juridiction consulaire est exceptionnelle. La jurisprudence est en ce sens (3).

Il n'en est pas de même si la reconvention, ayant pour objet une affaire de commerce, est formée devant un tribunal civil, pourvu qu'il ait une juridiction générale : tels sont les tribunaux d'arrondissement et les cours d'appel. La cour de cassation disait, dans son projet, que le tribunal civil est compétent pour juger une reconvention commerciale. Cela est généralement admis (4).

Reste à savoir si les tribunaux supérieurs peuvent être saisis reconventionnellement des demandes qui sont attribuées par la loi aux juges inférieurs, soit à cause de

(1) Desjardins, p. 502, n° 151.
(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Contrefaçon*, § V (t. IV, p. 325).
(3) Bruxelles, 21 avril 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 181). Liége, 6 juillet 1835 (*ibid.*, 1835, 2, 277).
(4) Tempier, *De la reconvention* n° 165.

leur nature, soit à cause de leur valeur. L'affirmative est de doctrine et de jurisprudence. Il va sans dire que les tribunaux inférieurs ne peuvent pas, sous prétexte de reconvention, juger les causes réservées aux tribunaux supérieurs (1).

SECTION VI. — De la confusion.

§ Ier. Notions générales.

184. On appelle confusion, dit Pothier, le concours dans un même sujet de deux qualités qui se détruisent. Celle dont il est ici question est le concours des qualités de créancier et de débiteur d'une même dette dans une même personne. Cela arrive lorsque le créancier devient héritier de son débiteur ou lorsque le débiteur devient héritier de son créancier. Quand le créancier devient héritier de son débiteur, il est, en qualité d'héritier de son débiteur, débiteur de la dette dont il est aussi le créancier; il devrait donc se poursuivre lui-même, ce qui est impossible ; c'est cette impossibilité de poursuivre le payement de la dette qui en entraîne l'extinction par la confusion des deux qualités de créancier et de débiteur. Il en est de même lorsque le débiteur devient héritier de son créancier; il succède à la créance du défunt, mais étant aussi personnellement débiteur de cette créance, il ne peut en poursuivre le payement; de là confusion de deux qualités qui se détruisent l'une l'autre et, par suite, extinction de la dette, à raison de l'impossibilité d'en obtenir le payement (2).

185. Pothier dit, et cela est évident, que, dans le cas de confusion, il s'agit d'une seule et même dette, dont une seule et même personne est tout ensemble créancière et débitrice. Le code civil dit, au contraire, article 1300 : « Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confu-

(1) Desjardins, p. 506, n° 152.
(2) Pothier, *Des obligations*, nos 641-643.

sion de droit qui éteint les *deux créances*. » L'erreur est palpable. Quand je suis débiteur de 1,000 francs et que je succède au créancier, il n'y a pas deux créances; il n'y en a qu'une, celle du défunt contre moi, de même qu'il n'y a qu'une dette, celle dont moi je suis tenu envers le défunt. Le code a pris pour une seconde créance la dette corrélative à la créance. C'est une négligence de rédaction qui vient peut-être de ce que le législateur venait de parler de la compensation; celle-ci éteint deux dettes, tandis que la confusion n'en peut éteindre qu'une, puisqu'il n'y en a qu'une (1).

486. La mauvaise rédaction de la loi a trompé un de nos bons auteurs. Toullier dit que la confusion est le concours ou la réunion dans un même sujet de *deux* droits qui se détruisent mutuellement (2). S'il y avait deux droits, il y aurait deux créances et deux dettes; il n'y a, au contraire, qu'un seul droit, considéré activement et passivement. Dans toute obligation, il y a un débiteur et un créancier, il n'en résulte pas deux droits, il n'y a qu'un seul droit appartenant au créancier contre le débiteur. Quand le droit appartient à la personne qui est débitrice, il y a confusion.

Ce qui est plus grave, des cours, et jusqu'à la cour de cassation, ont été trompées par la rédaction vicieuse de l'article 1300. Elles parlent de deux dettes éteintes par la confusion. Quand il y a réellement deux dettes qui sont éteintes, ce ne peut être par la confusion, ce doit être par la compensation. Ce débat n'est pas une querelle de mots : il importe de définir nettement le cas où il y a confusion, car la confusion est régie par des principes tout à fait spéciaux, principes qui sont étrangers à la compensation.

Un banquier, débiteur par compte courant d'un commerçant, devient propriétaire, avant leur échéance et par l'escompte qu'il en a fait, de traites tirées sur lui par ce dernier et auxquelles il avait annoncé qu'il ferait bon

(1) Duranton, t. XII, p. 574, n° 467. Colmet de Santerre, t. V, p. 477, n° 252 *bis* I.
(2) Toullier, t. IV, 1, p. 323, n° 421, et la note de Duvergier.

accueil à leur échéance. La cour de cassation a jugé que, par la réunion des qualités de créancier et de débiteur dans la même personne, il y avait *confusion* de droit éteignant les *deux dettes* (1). Il y avait, en effet, deux dettes dont l'une éteignait l'autre, ce qui est le cas de la compensation, et non de la confusion. Dans la compensation, il se trouve deux personnes qui sont l'une et l'autre créancière et débitrice de deux dettes, tandis que dans la confusion il n'y a qu'une personne qui, réunissant sur sa tête les deux qualités de créancier et de débiteur, cesse d'être débiteur ou créancier.

La vente d'un fonds de commerce est annulée; par suite, le vendeur est condamné à restituer la portion du prix qu'il avait reçue. Des effets et marchandises avaient été détournés par l'acquéreur : de ce chef, le vendeur avait une créance contre lui; il était donc tout ensemble créancier et débiteur. La cour de cassation en conclut que la *confusion* a opéré l'extinction de son obligation jusqu'à concurrence de la valeur des objets enlevés (2). L'erreur est évidente. Si le vendeur était débiteur et créancier, l'acheteur, de son côté, était créancier et débiteur; il y avait donc deux dettes dont l'une éteignait l'autre : c'était le cas de la *compensation*.

487. La loi range la confusion parmi les modes d'extinction des obligations. Il y a cependant une différence très-importante entre le payement, la novation, la compensation, dont nous venons de traiter, et la confusion. Quand une dette est payée, elle est définitivement éteinte par l'accomplissement de la prestation dont le débiteur était tenu, prestation que le créancier a reçue; le but que les deux parties contractantes avaient en vue a été atteint. Il en est de même de la compensation, puisque l'une des dettes paye l'autre. Dans la novation, la première dette est éteinte moyennant la substitution d'une dette nouvelle que le créancier consent à recevoir en payement de ce qui lui est dû. Est-ce qu'en cas de confusion le créancier

(1) Cassation, 11 décembre 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2788, 1°).
(2) Cassation, 13 mai 1833 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1427).

reçoit aussi quelque chose? est-ce que le débiteur fait une prestation quelconque? Non, le créancier ne reçoit rien : donc son droit subsiste, mais il ne peut plus l'exercer, car, devenu débiteur de la même dette, il devrait agir contre lui-même, ce qui est impossible. Si donc la confusion éteint la dette, c'est uniquement à raison de l'impossibilité où se trouve le créancier d'exercer son droit. En réalité, la créance n'est pas éteinte, elle subsiste, mais c'est une créance inutile, inefficace, puisque le débiteur contre lequel elle devrait être exercée se confond avec le créancier. C'est en ce sens que Pothier dit : « La confusion fait seulement que la personne du débiteur en qui se trouve concourir la qualité de créancier cesse d'être obligée, parce qu'elle ne le peut être envers elle-même : *Personam eximit ab obligatione potius quam extinguit obligationem* (1). »

488. La différence qui sépare la confusion des autres modes d'extinction des obligations n'est pas seulement de théorie, elle a des conséquences pratiques qu'il importe de noter. Puisque l'impossibilité d'agir est la seule raison pour laquelle la confusion éteint la créance, il s'ensuit que la créance doit être considérée comme non éteinte dans tous les cas où il n'est pas question d'agir contre le débiteur; l'impossibilité d'agir est alors indifférente. Ainsi la créance que la loi déclare éteinte par confusion est comptée pour le calcul de la réserve et du disponible. Il s'agit, dans ce cas, non de poursuivre le débiteur, mais de calculer le montant du patrimoine pour déterminer de quelle quotité le défunt a pu disposer et quelle est la quotité indisponible. Or, la créance éteinte par la confusion était certes dans le patrimoine du défunt, donc il faut l'y comprendre pour calculer le chiffre du disponible et de la réserve; les droits de l'héritier réservataire seraient altérés si l'on ne comprenait pas dans la masse une créance que le défunt avait contre le légataire universel. Vainement dirait-on que cette créance est éteinte, parce que le

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 615. Mourlon, t. II, p. 771, n° 1464, et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. IV, p. 241, note 7, § 331).

légataire universel qui était débiteur est devenu créancier et qu'il ne peut avoir d'action contre lui-même. Cela n'empêche pas que la créance qu'il devait au défunt fasse partie du patrimoine du défunt; il faut donc que l'on en tienne compte dans la formation de la masse. S'il y a un enfant, un légataire universel, et un actif de 100,000 fr., plus une créance de 20,000 fr. du défunt contre le légataire universel, on comprendra la créance dans la masse qui sera, par conséquent, de 120,000 fr., dont la moitié, c'est-à-dire 60,000 fr., formera la réserve que l'enfant peut réclamer par voie de réduction contre le légataire universel, tandis qu'elle ne serait que de 50,000 francs si l'on n'y comprenait pas la créance éteinte par la confusion. Il paraît singulier de compter dans l'actif une créance qui n'existe plus; mais il faut bien remarquer que si elle est éteinte, c'est uniquement en ce sens que le créancier ne peut pas l'exercer; or, entre l'héritier à réserve et le légataire universel, il n'est pas question d'exercer la créance; il s'agit de savoir si cette créance fait partie du patrimoine du défunt, et l'affirmative ne saurait être contestée (1).

489. Il a été jugé, par application du même principe, que l'héritier doit comprendre dans la déclaration de succession les créances pour lesquelles il était débiteur du défunt. Dans l'espèce, il s'agissait d'un héritier unique, lequel déclara qu'il ne dépendait de la succession qu'un mobilier estimé 150 francs. L'administration prétendit qu'il y avait de plus une créance de 28,000 francs contre l'héritier. De là question de savoir si une créance éteinte par la confusion doit être comprise dans la déclaration. C'est demander si cette créance existait et si elle a été transmise à l'héritier. Qu'elle ait existé dans la personne du défunt, cela ne peut être nié; dès lors il l'a transmise à son héritier, donc il y a transmission. Qu'importe que l'héritier, tout ensemble créancier et débiteur, ne puisse pas l'exercer? Cela n'empêche pas qu'elle lui ait été transmise; c'est cette transmission qui a produit la con-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 478, n° 252 *bis* IV, et tous les auteurs.

fusion, donc la confusion n'empêche pas la transmission. On objectait que l'héritier ne pouvant pas exercer sa créance, il était injuste d'exiger de lui un droit de mutation. Le tribunal répond que l'héritier s'est enrichi par l'extinction de sa dette, comme s'il avait payé les 28,000 fr. au défunt et qu'il les eût retrouvés dans la succession (1).

Il ne faudrait pas conclure de là que la créance éteinte par confusion doit être comprise dans le partage; le partage ne porte que sur les biens et les droits qui peuvent être exercés; or, la créance éteinte ne peut plus être exercée, donc elle ne peut faire l'objet d'un partage. Le cas s'est présenté devant la cour de cassation en matière de droit fiscal. Pour diminuer le montant du retour de lot dont un héritier était chargé, l'on avait déduit de la soulte les portions attribuées à ses cohéritiers dans la créance éteinte, la créance était de 220,000 fr.; les quatre enfants en étaient débiteurs par portions égales et créanciers : ils se trouvaient dès lors dans l'impossibilité d'agir. Or, dès que cette impossibilité d'agir existe, on ne peut plus tenir compte de la créance, la dette est éteinte (2).

490. Le code lui-même applique le principe que nous venons d'établir. Quand le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs solidaires, ou que l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, la confusion n'éteint la dette solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier. Pourquoi la dette n'est-elle pas éteinte pour le tout, bien que chacun des débiteurs solidaires soit tenu de toute la dette? Parce que l'impossibilité de poursuivre n'existe que pour la part du débiteur qui est devenu héritier ou dont le créancier est devenu héritier, et la confusion n'opère ses effets qu'à raison de l'impossibilité d'agir et, par conséquent, dans les limites de cette impossibilité (3).

(1) Jugement du 25 mars 1859 du tribunal de Chartres (Dalloz, 1859, 3, 80).
(2) Rejet, chambre civile, 23 mars 1853 (Dalloz, 1853, 1, 102).
(3) Voyez le tome XVI de mes *Principes*, p. 338, n° 336.



§ II. *Conditions.*

491. La confusion qui s'opère quand le créancier devient héritier du débiteur, ou le débiteur héritier du créancier, suppose que l'héritier accepte purement et simplement la succession. S'il accepte sous bénéfice d'inventaire, il ne s'opère aucune confusion; car, dit Pothier, c'est un des effets du bénéfice d'inventaire, que l'héritier bénéficiaire et la succession soient regardés comme deux personnes différentes, et que leurs droits respectifs ne se confondent pas (1). Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Successions,* sur le bénéfice d'inventaire.

Nous disons qu'en cas d'acceptation bénéficiaire il n'y a pas de confusion. On ne doit pas dire que la confusion s'est opérée et qu'elle cesse lorsque l'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire. En effet, toute acceptation rétroagit au jour de l'ouverture de l'hérédité; l'héritier n'est donc pas bénéficiaire à partir de sa déclaration au greffe, il l'est à partir de l'ouverture de la succession; donc à l'instant où la confusion devrait s'opérer, elle est empêchée par le bénéfice d'inventaire.

492. Demante enseigne que les effets de la confusion cessent quand les créanciers demandent la séparation des patrimoines; il met cette séparation sur la même ligne que l'acceptation bénéficiaire. M. Colmet de Santerre, l'élève et le continuateur de Demante, dit avec raison que cela est trop absolu. D'abord la confusion des patrimoines implique que la succession a été acceptée purement et simplement, la confusion s'est donc opérée. La confusion cesse-t-elle lorsque les créanciers demandent la séparation des patrimoines? C'est le cas d'appliquer le principe qui régit la confusion (n° 487). La confusion n'est pas un payement, elle met seulement le créancier dans l'impossibilité d'agir. Est-ce que cette impossibilité existe dans l'espèce? Non, car les créanciers de la succession, par l'effet de la sépa-

(1) Pothier, *Des obligations,* n° 642. Voyez une conséquence du principe dans un arrêt de rejet du 7 août 1860 (Dalloz, 1860, 1, 506).

ration, ont droit sur tout ce qui compose l'actif héréditaire, donc aussi sur la créance que le défunt avait contre son héritier; et rien n'empêche les créanciers héréditaires d'agir contre l'héritier débiteur. Partant l'héritier ne peut pas invoquer la confusion pour prétendre qu'il est libéré.

L'héritier est créancier du défunt. Il accepte purement et simplement, sa créance est éteinte. Puis les créanciers du défunt demandent la séparation des patrimoines. Contre qui la demandent-ils? Contre les créanciers de l'héritier. Par suite les deux patrimoines sont séparés, distincts. Les créanciers de l'héritier pourront-ils exercer sa créance contre la succession, c'est-à-dire contre les créanciers héréditaires? Oui, et toujours par la même raison, c'est qu'il n'y a pas lieu de leur opposer la confusion; ce n'est pas l'héritier débiteur tout ensemble et créancier qui agit, il est hors de cause dans la séparation de patrimoines. Dès lors il n'y a plus d'impossibilité d'agir; les créanciers de l'héritier et ceux du défunt sont en présence; et rien ne les empêche d'agir les uns contre les autres (1).

493. On assimile à l'héritier bénéficiaire l'Etat, qui succède par droit de déshérence. Il est certain que l'Etat n'est tenu des dettes que comme détenteur des biens, et seulement jusqu'à concurrence de l'émolument actif qu'il en retire. Si l'État était créancier du défunt, il reste créancier, sauf qu'il est tenu de la dette jusqu'à concurrence de l'actif héréditaire qu'il recueille. Restant créancier du surplus, il pourra poursuivre les cautions, s'il y en a (2).

Il faut généraliser cette proposition et l'étendre à tous les successeurs irréguliers, au moins dans l'opinion que nous avons enseignée. Ils sont simples successeurs aux biens : comme ils ne représentent pas la personne du défunt, il ne peut pas s'opérer de confusion (t. XVII, n° 336).

494. Pour qu'il y ait confusion, il faut que le créancier succède au débiteur ou le débiteur au créancier en vertu d'un titre universel, c'est-à-dire comme héritier *ab*

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 482, n°s 455 et 455 *bis* I.
(2) Larombière, t. III, p. 730, n° 7 de l'article 1300 (Ed. B., t. II, p. 401).

intestat. Si c'est comme légataire ou donataire, il faut distinguer : les légataires universels et les donataires universels sont assimilés aux héritiers légitimes; les légataires et les donataires à titre universel sont de simples successeurs aux biens, dans l'opinion que nous avons enseignée; donc cette succession n'opère pas confusion; bien moins encore les legs et les donations à titre particulier, puisque les légataires et les donataires à titre particulier ne sont pas tenus des dettes (1).

La cour de cassation a appliqué ce principe au partage d'ascendant. Quand il comprend l'universalité des biens de l'ascendant, la question n'est pas douteuse. Tel est le partage qu'un père fait entre tous ses enfants par testament. Les enfants sont tenus des dettes comme légataires universels; s'ils sont en même temps créanciers, les qualités de créancier et de débiteur se réunissant dans la même personne; cette confusion éteint la dette. Nous disons la dette; l'arrêt de la cour dit que la confusion de droit éteint les *deux créances* (2). C'est la même erreur que nous avons signalée plus haut (n° 486); s'il y avait deux créances éteintes, il y aurait compensation. En serait-il de même si le partage était fait entre-vifs? La solution dépend de la question de savoir si la donation est à titre universel; nous renvoyons à ce qui a été dit sur le partage d'ascendant.

Il y a un autre titre dont la nature est controversée. La succession de l'ascendant donateur est-elle à titre particulier ou à titre universel? On décide généralement la question dans le dernier sens. Dans cette opinion, la confusion s'opérera, si l'ascendant qui succède est tout ensemble créancier et débiteur (3).

495. Pour que la confusion éteigne la créance du défunt contre son héritier, il faut que la créance existe encore dans son patrimoine lors de l'ouverture de l'hérédité. Cela est si évident, qu'il semble inutile de le dire.

(1) Pothier, n° 642. Comparez le tome XIV de mes *Principes*, p. 93, n° 92).
(2) Rejet, 12 août 1840 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4571, 5°).
(3) Toulouse, 9 août 1844 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2790).



Toutefois la question a été portée devant la cour de cassation dans l'espèce suivante. Un enfant donataire en avancement d'hoirie sous réserve d'usufruit fait cession de son droit avec la garantie hypothécaire qui y était attachée, puis il accepte purement et simplement la succession de son père. Cette cession conservait-elle sa force ou tombait-elle par suite de la confusion? Il n'y avait pas de confusion, car si l'enfant devenait débiteur comme successeur de son père, il avait cessé d'être créancier en cédant sa créance; dès lors il n'y a plus de confusion possible. Voici quel était l'intérêt du débat. Le cessionnaire avait une hypothèque consentie par le donateur pour la garantie de sa libéralité; l'enfant donataire, devenu héritier, concéda une hypothèque sur les mêmes biens : cette seconde hypothèque était-elle primée par la première? L'affirmative était évidente, puisque la créance subsistait, tandis que si celle-ci avait été éteinte par confusion, l'hypothèque se serait aussi éteinte. Il va sans dire que la cour de cassation décida que la créance n'était pas éteinte et que, par suite, l'hypothèque qui y était attachée subsistait avec son rang (1).

496. Y a-t-il confusion quand l'héritier ne succède pas en pleine propriété à la créance? La cour de cassation a jugé que la confusion ne s'opère que lorsqu'il y a succession en pleine propriété. On n'est créancier que quand on a la pleine propriété du droit; de là suit que la confusion ne se conçoit pas lorsque le successeur débiteur de la créance succède au défunt qui en était seulement nu propriétaire, l'usufruit appartenant à un tiers. On ne peut pas dire que les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, puisque l'héritier était à la vérité débiteur de la créance, mais le défunt n'en était pas le créancier, car on n'est pas créancier quand on n'est pas propriétaire absolu de la créance; la confusion n'est donc qu'imparfaite, et une confusion imparfaite n'éteint point la créance (2).

(1) Rejet, 17 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 203).
(2) Cassation, 19 décembre 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2801).

La cour de Grenoble a porté une décision analogue dans une espèce qui était en réalité différente de celle que la cour de cassation a décidée. Un débiteur doit une somme productive d'intérêts. Donation lui est faite de l'usufruit de cette somme. N'est-il pas tout ensemble créancier des intérêts et débiteur des intérêts? L'affirmative est certaine. Donc il y a confusion. Qu'importe que la propriété de la créance subsiste? Elle n'est pas en cause, puisque la donation ne portait pas sur la propriété. La jouissance ne peut-elle pas s'éteindre par confusion aussi bien que la nue propriété?

La cour de Grenoble a repoussé la confusion en invoquant l'analogie qui existe entre la confusion et la compensation. Cette prétendue analogie n'est-elle pas trompeuse? Les conditions sont tout autres. Pour qu'il y ait compensation, il faut deux dettes de choses fongibles de même nature. La cour dit aussi que la confusion ne peut s'appliquer qu'à une créance et à une dette de même nature. Cela suppose qu'il y a deux dettes, et dans la confusion il n'y en a qu'une, c'est une seule et même dette dont une seule et même personne est débitrice et créancière. Il y a cependant un motif de douter sous ce rapport. L'usufruit est viager, tandis que la dette des intérêts est perpétuelle tant que le capital est dû; peut-on dire que la créance viagère soit identique avec la dette perpétuelle (1)? Oui, en ce sens que la confusion sera temporaire comme la cause qui la produit. Il n'y aurait plus aucun doute si le débiteur d'une dette consistant en intérêts devenait créancier de la même dette; dans ce cas, l'identité est parfaite et, par conséquent, la confusion s'opère (2).

497. Nous disons que la confusion s'opère quoiqu'elle ne soit pas définitive. La confusion n'est jamais définitive, puisqu'elle peut cesser, comme nous le dirons plus loin, par la vente de l'hérédité; et elle est révoquée, résolue lorsque le fait d'où elle procède est anéanti : l'effet

(1) Grenoble, 26 avril 1856 (Dalloz, 1857, 2, 139).
(2) Rejet, 21 août 1872 (Dalloz, 1873, 1, 278).

tombe avec la cause qui l'a produit. Faut-il appliquer ce principe à l'adjudication suivie de folle enchère? L'adjudicataire est débiteur du prix de l'adjudication envers les créanciers inscrits; par le fait du payement il est subrogé aux créanciers; de là réunion en sa personne des qualités de débiteur et de créancier et, par suite, extinction des créances par confusion. La cour de Paris a jugé en sens contraire, parce que les qualités de créancier et de débiteur ne sont, sur la tête de l'adjudicataire, ni certaines ni irrévocables, les créances payées devant subir l'épreuve de l'ordre et l'adjudicataire se trouvant soumis à une chance de dépossession qui, dans l'espèce, s'est réalisée par la folle enchère. Comme la difficulté tient à des questions de procédure, nous nous bornons à donner les conclusions que l'avocat général Delangle prit devant la cour de cassation; la cour a cassé l'arrêt pour un autre motif. La confusion existe, dit Delangle, du moment où une même personne se trouve à la fois débitrice et créancière de la même dette. Elle ne peut être subordonnée au résultat de l'ordre ultérieur qui ne crée pas, mais constate seulement les qualités de débiteur et de créancier réunies en la même personne. Quant à la folle enchère, elle n'empêche pas que l'adjudicataire soit débiteur du prix. Il a contracté l'obligation de payer ce prix aux créanciers inscrits : conçoit-on qu'un débiteur se dégage lui-même de son obligation par son imprudence ou sa témérité, c'est-à-dire parce qu'il est dans l'impossibilité de remplir ses engagements? On ne peut donc pas admettre que la folle enchère anéantisse l'adjudication; l'adjudicataire reste débiteur du prix, quoiqu'il cesse d'être propriétaire de l'immeuble, et, par suite, la folle enchère ne détruit pas l'effet qu'a produit la confusion; le principe que, la cause cessant, l'effet cesse, n'est pas applicable à l'espèce (1).

498. La question de savoir si la confusion doit être définitive présente encore une autre face. Il a été jugé que l'extinction d'une créance par confusion n'a lieu que lors-

(1) Paris, 3 août 1843, et le réquisitoire de Delangle, sur le pourvoi en cassation (Dalloz, 1846, 1, 181 et note).

que la réunion des deux qualités de débiteur et de créancier sur la même tête s'est opérée en réalité; une réunion fictive ne suffit pas. La question s'est présentée dans l'espèce suivante. Deux époux sont mariés sous le régime de la communauté d'acquêts. Une créance échoit à la femme par succession, ouverte pendant la durée de la communauté, mais elle ne lui est attribuée que par un partage postérieur à la dissolution de la communauté. En vertu de la fiction de l'article 883, la femme est censée avoir été propriétaire de la créance à partir de l'ouverture de l'hérédité. Le mari en est-il devenu débiteur à partir de cette époque? en est-il résulté que la créance se soit éteinte par confusion, le mari étant tout ensemble débiteur et créancier, comme maître de la communauté? La fiction, dit la cour de cassation, ne peut pas l'emporter sur la réalité. De fait, il est certain que ladite créance n'a jamais été confondue avec les biens de la communauté, que le mari n'en a jamais eu l'administration ni la disposition, jamais il n'a été tout ensemble créancier et débiteur de cette créance. La fiction de l'article 883 doit donc être écartée, il faut s'en tenir à la réalité des choses: la créance est étrangère à la communauté, qui n'en a jamais eu la propriété; donc elle n'a pas pu s'éteindre par confusion, et en fait elle s'est retrouvée en nature lors de la liquidation de la communauté; donc la femme ou ses représentants devaient la reprendre en nature (1). Ne doit-on pas aller plus loin et dire que, sous le régime de la communauté d'acquêts, le mari ne devient pas propriétaire des créances de la femme, qu'il en a seulement la jouissance et non la disposition? Nous reviendrons sur la question au titre du *Contrat de mariage*.

499. La loi dit que la *créance* s'éteint par confusion lorsque les qualités de *créancier* et de *débiteur* se réunissent dans la même personne. Il suit de là que la confusion suppose un droit de créance, elle ne s'applique pas au cas où le prétendu créancier est propriétaire. La question s'est présentée devant la cour de cassation dans l'es-

(1) Rejet, chambre civile, 16 juillet 1856 (Dalloz, 1856, 1, 281).

pèce suivante. Un époux lègue à son conjoint le quart de ses biens; la veuve légataire meurt sans avoir demandé la délivrance de son legs, en transmettant son droit à ses enfants; ceux-ci doivent-ils être considérés comme créanciers en qualité d'héritiers de leur mère et comme débiteurs en qualité d'héritiers de leur père? On le prétendait. Les créanciers de l'un des héritiers de la légataire avaient formé opposition, en vertu de l'article 882, à ce qu'il fût procédé au partage de la succession hors de leur présence. Les héritiers de la légataire soutinrent qu'étant en même temps héritiers du testateur et de la légataire, il s'était opéré en leur personne une confusion qui avait éteint leurs droits et, par conséquent, ceux de leurs créanciers sur le legs fait à leur auteur. Cette prétention fut rejetée par la cour de cassation. Il s'agit de la transmission de la propriété, dit l'arrêt, et non de créances; les enfants sont propriétaires d'un quart comme héritiers de leur mère et de trois autres quarts comme héritiers de leur père. Donc les principes sur la confusion sont sans application et, par conséquent, rien n'empêche les créanciers d'user du droit que leur donne l'article 882 (1).

§ III. *Des cas dans lesquels il y a confusion.*

500. L'article 1300 prévoit le seul cas dans lequel on puisse dire que la confusion éteint la dette, c'est lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne. Pour qu'il y ait extinction totale de la dette, il faut encore supposer que le débiteur succède seul au créancier, ou que le créancier succède seul au débiteur. Pothier ajoute qu'il y a aussi confusion lorsqu'une même personne devient héritière du créancier et du débiteur. En réalité, ce cas se confond avec celui que prévoit l'article 1300. Quand l'une des successions, celle du créancier, s'ouvre, l'héritier devient créancier; puis il

(1) Rejet, chambre civile, 14 novembre 1853 (Dalloz, 1853, 1, 325).



est appelé à la succession du débiteur; alors les deux qualités de créancier et de débiteur se réunissent sur sa tête et, par suite, la confusion éteint sa créance (1).

501. « La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à la caution » (art. 1301). Si l'on s'en tenait au principe de la confusion, tel que tous les auteurs l'admettent (nos 484 et 487), on pourrait dire que l'impossibilité d'agir, qui entraîne l'extinction de la dette principale, n'existe pas à l'égard de la caution; en effet, rien n'empêche le créancier devenu débiteur d'agir contre la caution; car, quoique débiteur, il est aussi créancier, et tout ce qui résulte de la confusion, c'est qu'il ne peut pas agir contre le débiteur principal, puisqu'il est lui-même ce débiteur. A la rigueur, il pourrait agir contre la caution; mais s'il agissait, la caution pourrait lui opposer le bénéfice de discussion, ce qui l'obligerait à payer lui-même, puisqu'il est aussi débiteur; et si la caution payait, elle aurait un recours contre le créancier devenu débiteur; donc, en tous cas, l'action que le créancier intenterait réagirait contre lui-même : c'est dire qu'il ne peut pas avoir d'action (2).

502. Le débiteur succède à la caution, ou la caution au débiteur. Il y a confusion quant à l'obligation de la caution, puisque la garantie de la caution se confond avec l'obligation du débiteur; le créancier perd donc la garantie qu'il avait, mais il conserve son action contre le débiteur principal, quoique devenu caution. On voit ici la différence entre la confusion et le payement. Si la caution payait la dette, le débiteur principal serait libéré, tandis qu'il ne l'est pas par la confusion. C'est que le payement fait, n'importe par qui, est la prestation de la chose due, dès lors la dette est éteinte à l'égard de tous ceux qui en étaient tenus; tandis que la confusion ne donne pas au créancier ce qui lui est dû; elle l'empêche seulement de poursuivre la caution comme telle, puisque la caution est devenue débiteur, mais le créancier n'ayant pas reçu la

(1) Pothier, n° 642. Colmet de Santerre, t. V, p. 477, n° 252 *bis* II.
(2) Mourlon, t. II, p. 772, n° 1465, 1°. Colmet de Santerre, t. V, p. 480, n° 253 *bis* I.

prestation de la chose, conserve son droit et il peut l'exercer contre le débiteur (1).

Si la caution est libérée, en faut-il conclure que la caution de la caution l'est aussi? L'article 2035 décide la question : « La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de la caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution. » C'est une application du principe qui gouverne cette matière. L'impossibilité d'agir n'existe qu'à l'égard de la caution devenue débiteur; donc rien n'empêche le créancier d'agir contre le certificateur de la caution, la confusion n'opérant que dans la limite de l'impossibilité d'agir. En droit romain, on objectait que l'obligation du certificateur de la caution était une obligation accessoire à celle de la caution et devait s'éteindre avec elle. Selon nos usages, dit Pothier, on n'a pas égard à cette subtilité, le certificateur de la caution reste tenu, quoique celle-ci ne puisse plus être poursuivie (2). C'est plus qu'une subtilité, nous semble-t-il, c'est méconnaître le principe de la confusion et la différence qui la distingue d'une véritable extinction de la dette. Sans doute, l'obligation accessoire ne peut survivre à l'obligation principale, mais cela suppose que l'obligation principale est réellement éteinte; or, la confusion ne l'éteint pas, l'obligation subsiste en tant qu'il n'y a pas impossibilité d'agir, donc elle subsiste à l'égard du certificateur de la caution.

Pothier décide aussi que les hypothèques données par le fidéjusseur ne laissent pas de subsister. La raison est la même : si la caution ne peut être poursuivie, c'est uniquement parce que le créancier est dans l'impossibilité de la poursuivre; mais cette impossibilité n'existe que pour l'action personnelle, elle n'existe pas pour l'action hypothécaire; donc le créancier conserve son action hypothécaire. Voilà bien un accessoire qui subsiste malgré l'extinction du principal; cette apparente anomalie s'ex-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 645. Colmet de Santerre, t. V, p. 430, n° 253 *bis* II.
(2) Pothier, n° 383. Toullier, t. IV, 1, p. 325, n° 426.

plique par le caractère particulier de la confusion ; elle n'éteint réellement pas la dette, celle-ci subsiste en tant qu'il est possible d'en poursuivre l'exécution (1).

503. Le créancier devient l'héritier de la caution ou réciproquement. Il y a confusion quant à l'obligation de la caution, car le créancier devenu caution ne peut pas être son propre garant, ni agir contre lui-même. La confusion n'a aucun effet à l'égard du débiteur principal, car la confusion n'est pas un payement, c'est une impossibilité d'agir ; donc tous ceux contre lesquels le créancier peut agir restent tenus, non-seulement le débiteur principal, mais aussi les autres cautions. Toutefois la confusion produit un effet indirect à l'égard des cofidéjusseurs. Ils jouissent du bénéfice de division, et celui qui paye a un recours contre les autres ; donc pour la part de la caution dont le créancier est devenu héritier, le créancier la doit supporter en sa qualité de caution, c'est dire qu'il ne peut pas avoir d'action pour cette part. Donc les cofidéjusseurs ne peuvent être poursuivis que déduction faite de la part que devait supporter dans la dette la caution dont le créancier est devenu héritier (2).

504. « La confusion qui s'opère dans la personne du créancier ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la portion dont il était débiteur » (art. 1301, 3e alinéa). Cette disposition est la répétition de l'article 1209. Nous renvoyons à ce qui a été dit à la section de la *Solidarité*.

La confusion peut aussi s'opérer en la personne de deux codébiteurs solidaires. Quelle en sera la conséquence? Les deux liens résultant de la solidarité se sont confondus en un seul ; le créancier perd donc un de ses débiteurs solidaires, mais il conserve les garanties accessoires attachées à la dette éteinte. Quant aux codébiteurs solidaires, leur position ne peut être aggravée par la confusion, ils ont un recours divisé quand ils payent la dette ; celui des codébiteurs qui réunit dans sa personne deux liens sera tenu de deux parts à raison de ce double lien.

(1) Pothier, n° 383. Toullier, t. IV, 1, p. 325, n° 427.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 772, n° 1465, 2°.

Vainement invoquerait-il la confusion ; l'impossibilité où se trouve le créancier de poursuivre le débiteur solidaire dont l'engagement s'est éteint n'a rien de commun avec les relations des codébiteurs entre eux ; eux peuvent très-bien demander à un de leurs codébiteurs une double part à raison du double lien qu'il réunit dans sa personne (1).

§ IV. *Effet de la confusion.*

505. La confusion peut être totale ou partielle. Quand une même personne débitrice du total devient héritière unique du créancier, la dette est éteinte pour le tout. Si elle ne succède que pour partie, la confusion ne s'opérera que jusqu'à concurrence de la part héréditaire, car elle ne devient créancière que pour cette part. Il en serait de même si celui qui est créancier du total devient héritier du débiteur, la confusion sera totale ou partielle, selon qu'il succédera pour le tout ou pour partie. Cela est élémentaire (2).

Celui qui, étant créancier, devient débiteur n'a plus aucun des droits attachés à sa créance. La cour de cassation a fait l'application de ce principe dans l'espèce suivante. Un traité est passé entre un tuteur et ses pupilles, avant la reddition du compte de tutelle exigé par l'article 472. Ce traité est nul, en ce sens que les enfants ont le droit d'agir en nullité. La tutrice, mère des mineurs, vient à mourir ; ses enfants acceptent purement et simplement la succession à laquelle ils sont appelés par parts égales : peuvent-ils encore intenter l'action en nullité? La cour de cassation a jugé que les droits relatifs au compte de tutelle et à la nullité du traité de partage fait par leur mère s'étant confondus avec l'obligation dont ils sont tenus comme héritiers de leur mère d'exécuter le partage avait eu pour effet de les rendre sans intérêt et sans droit pour attaquer le partage dont ils étaient garants l'un envers l'autre. Il est vrai qu'ils étaient seulement héritiers partiels, mais le partage auquel ils avaient

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 482, n° 254 *bis* III.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 648. Duranton, t. XII, p. 576, n° 469.

consenti, et qu'ils devaient respecter comme héritiers de leur mère, leur imposait l'obligation de garantie réciproque, ce qui rendait impossible l'action en nullité, celui qui doit garantie pour la nullité ne pouvant pas la demander (1).

La créance étant éteinte avec les droits qui y sont attachés, il en résulte que les obligations accessoires sont aussi éteintes. Nous avons dit que les cautions sont libérées et que les hypothèques sont éteintes; toutefois il ne faut pas perdre de vue le principe qui domine la matière : la dette n'est éteinte qu'en tant qu'il y a impossibilité d'agir.

508. Les effets de la confusion peuvent cesser. Ils cessent rétroactivement quand la cause qui a produit la confusion est révoquée ou résolue, de sorte que la confusion est censée n'avoir jamais eu lieu. Il en est ainsi quand le successible qui a accepté la succession demande et obtient la rescision de son acceptation ; il est censé, dans ce cas, n'avoir jamais accepté la succession, donc il n'y a pas eu de confusion, les dettes et les créances de l'héritier subsistent. On ne peut pas dire que les droits et obligations revivent, car ils n'ont jamais été éteints. De là suit que les obligations accessoires subsistent également, les cautionnements et les hypothèques. Les tiers ne peuvent pas objecter qu'on leur enlève un droit acquis; il n'y a pas de droit acquis lorsque la cause qui produit le droit est anéantie; la cause étant effacée rétroactivement, les effets sont également effacés (2).

Que faut-il décider si l'héritier est exclu de la succession pour cause d'indignité? Dans l'opinion que nous avons enseignée sur les effets de l'indignité, il n'y a aucun doute : l'héritier est indigne et, comme tel, exclu de la succession au moment même où elle s'ouvre ; donc il n'a jamais été héritier, et partant il n'y a pas eu de confusion. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur cette matière au titre des *Successions* (3).

(1) Rejet, chambre civile, 7 février 1859 (Dalloz, 1859, 1, 471).
(2) Toullier, t. IV. 1, p. 329, n° 437. Duranton, t. XII, p. 586, n° 483. Mourlon, t. II, p. 773, n° 1466.
(3) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 36, n° 26. Comparez Duranton, t. XII, p. 586, n° 484.

507. La confusion cesse quand l'héritier vend ses droits héréditaires. S'il était débiteur du défunt, il devra compte de cette créance à l'acheteur; s'il était créancier, il pourra exercer ses droits contre lui, le tout sauf convention contraire. Cela résulte des articles 1697 et 1698 que nous expliquerons au titre de la *Vente*. En quel sens la confusion cesse-t-elle? Est-ce que les dettes et les créances revivent? est-ce que la confusion est censée n'avoir jamais existé? On pourrait soutenir que la confusion cesse parce que l'impossibilité d'agir cesse, et telle est la seule raison pour laquelle la créance ou la dette de l'héritier s'est éteinte. En réalité, il est resté créancier ou débiteur; mais étant en même temps débiteur ou créancier, la créance ou la dette ne pouvait être exercée. Cette impossibilité disparaît quand l'héritier vend l'hérédité; or, l'impossibilité cessant, la confusion n'a plus de raison d'être. Dans cette opinion, on pourrait même soutenir que les créances ou les dettes revivent avec leurs accessoires, car les accessoires pas plus que le principal n'ont été éteints définitivement. Les accessoires s'éteignent quand la dette principale a été prestée; ils ne s'éteignent point tant que la dette principale subsiste virtuellement, et elle subsiste virtuellement en cas de confusion. On ne peut donc pas dire qu'elles revivent; elles produisent leurs effets parce que l'obstacle qui s'y opposait a disparu. Voilà toute la confusion. On admet cette théorie entre les parties intéressées, le vendeur et l'acheteur de l'hérédité; on ne l'admet pas à l'égard des tiers. Dans l'opinion générale, on enseigne que les cautions sont libérées et que les hypothèques restent éteintes. Mais on ne s'entend pas sur les motifs de décider : les uns rattachent cet effet à la confusion et disent qu'elle cesse sans rétroactivité, puisque s'il y avait rétroactivité, elle enlèverait aux tiers des droits qui leur sont acquis. Cela ne nous paraît pas exact (1). Il n'y a pas de droit acquis en vertu de la confusion, il y a seulement une impossibilité d'agir. D'autres auteurs, plus logiques, expliquent les effets que la vente d'une hérédité

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 773, n° 1466.

produit entre le vendeur et l'acheteur par l'intention des parties contractantes. Dans cette opinion, il est naturel que les cautions et les hypothèques restent éteintes, car la vente ne peut avoir d'effet contre les tiers (1).

De ce que la confusion cesse par la vente de l'hérédité il ne faut pas conclure que la confusion cesse aussi par le transport que l'héritier ferait de la créance éteinte. L'héritier ne peut transporter que les droits qu'il a; or, tant qu'il reste héritier et propriétaire de l'hérédité, il n'a pas de droit utile quant aux créances qu'il possédait contre le défunt; il ne peut pas transporter à d'autres plus de droits qu'il n'en a lui-même (2). Vainement objecte-t-on que la vente de l'hérédité n'empêche pas que l'héritier reste héritier, puisque l'acceptation subsiste. Cela est vrai d'après la subtilité du droit, mais, dans la réalité des choses, l'hérédité est cédée à l'acheteur; ce qui fait cesser l'impossibilité d'agir; tandis que si l'héritier transporte seulement une créance qu'il a contre l'hérédité, il reste héritier, donc sans droit utile et, n'ayant pas de droit, il n'en peut céder aucun.

SECTION VI. — De la perte de la chose due.

§ Ier. *Principe.*

508. « Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, l'obligation est éteinte, si la chose a péri sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure » (art. 1302). Pourquoi et en quel sens l'obligation est-elle éteinte? Il ne peut y avoir de dette, dit Pothier, sans qu'il y ait quelque chose de dû, qui soit la matière et l'objet de l'obligation; d'où il suit que lorsque la chose qui était due vient à périr, il ne peut plus y avoir d'obligation, puisqu'il ne reste plus rien qui en soit

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 483, n° 255 *bis* III. Comparez Duranton, t. XII, p. 588, n° 437.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 243, et note 13, § 330.



l'objet et la matière (1). En ce sens on a dit que de toutes les causes d'extinction des obligations la perte de la chose est la plus radicale et la plus décisive (2). La matière manque à l'obligation; il en est désormais comme si dès le principe la convention eût manqué d'une chose certaine formant l'objet de l'engagement, l'une des quatre conditions essentielles pour la validité des conventions. Il y a plus : un objet certain est une de ces conditions que la doctrine exige pour l'existence d'une obligation; de sorte que quand l'objet fait défaut, l'obligation cesse d'exister.

L'article 1302 suppose qu'il s'agit d'une obligation de donner. Si la chose périt, le débiteur ne peut plus être tenu de donner la chose, puisqu'elle n'existe plus, et à l'impossible personne n'est tenu. Il est donc libéré, mais en quel sens l'est-il? S'il s'agit d'un contrat synallagmatique, l'autre partie restera-t-elle tenue de ses obligations? L'article 1138 répond à la question, en mettant les risques à charge du créancier. Ainsi le vendeur est libéré de son obligation de délivrer la chose, et il conserve son droit contre l'acheteur, lequel supporte le risque, en ce sens qu'il doit payer le prix, quoique la chose ait péri avant la délivrance. Nous avons dit ailleurs quel est le fondement de ce principe. Les auteurs du code le rattachent à la transmission de la propriété. Jaubert, le rapporteur du Tribunat, répète, à l'occasion de l'article 1302, ce que Bigot-Préameneu dit sur l'article 1138. « Il est de principe, dit-il, que la dette d'un corps certain est éteinte lorsqu'il a péri; ce qui est fondé sur cette ancienne maxime: *Res perit domino,* la chose périt pour le propriétaire. » C'est une erreur que les interprètes ont tort de reproduire, ne fût-ce que comme motif secondaire (3). Dans l'ancien droit, la propriété n'était pas transmise à l'acheteur avant la tradition, et néanmoins le vendeur était libéré par la perte de la chose; et, d'après l'article 1302, le vendeur n'est pas libéré par la perte de la chose quand il est en

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 649.
(2) Nicias Gaillard, Réquisitoire (Dalloz, *Recueil périodique*, 1856, 1, 38).
(3) Toullier, t. IV, 1, p. 334, n° 442. Jaubert, Rapport, n° 25 (Locré, t. VI, p. 217).

demeure de la livrer, bien que la demeure n empêche pas l'acheteur d'être propriétaire. Il faut donc laisser de côté la maxime citée par Jaubert, elle ne s'applique pas en matière d'obligations.

509. Le principe établi par l'article 1302 ne s'applique pas exclusivement à l'obligation de donner. Si le débiteur est libéré, c'est parce qu'il est dans l'impossibilité de prester la chose, sans que cette impossibilité lui soit imputable. Or, il peut aussi être impossible au débiteur d'une obligation de faire de remplir son obligation, par suite d'un cas fortuit qui ne peut lui être imputé; il faut, dans ce cas, dire de lui ce que l'on dit du vendeur : A l'impossible personne n'est tenu. Il y a cependant une différence importante entre l'obligation de donner et l'obligation de faire, en ce qui concerne les suites de la libération du débiteur. Dans les obligations de donner, le débiteur, s'il est en même temps créancier, conserve son droit contre l'autre partie contractante; tandis que dans les obligations de faire, le débiteur n'est libéré qu'en ce sens qu'il n'est pas tenu à des dommages-intérêts s'il se trouve dans l'impossibilité de remplir son obligation par suite d'un cas fortuit; mais il ne peut pas demander à l'autre partie ce que celle-ci lui avait promis. Quels sont les motifs de cette différence qui existe entre les obligations de faire et les obligations de donner? Il faut d'abord écarter l'article 1138 qui suppose la perte d'une chose que le débiteur était obligé de conserver; dans les obligations de faire, il ne s'agit pas de conserver une chose. Dès lors le motif qui justifie l'article 1138 ne peut être invoqué par le débiteur; il se tourne, au contraire, contre lui. Pourquoi le vendeur, tout en étant libéré de son obligation de donner, peut-il demander le payement du prix? Parce qu'il a rempli son obligation en conservant la chose avec les soins d'un bon père de famille; ayant rempli son obligation, il a le droit d'exiger que l'acheteur remplisse la sienne. Il n'en est pas de même de celui qui s'est obligé à faire; si on ne peut pas le forcer à faire ce qu'un cas fortuit l'a empêché de faire, toujours est-il qu'il n'a pas fait ce qu'il s'était obligé de faire; son obligation n'étant

pas remplie, l'obligation corrélative contractée par l'autre partie n'a plus de cause, le contrat reste sans exécution (1).

§ II. *Conditions.*

N° 1. PERTE DE LA CHOSE.

510. Il faut que le corps certain et détermine qui fait l'objet de l'obligation vienne à périr, ce qui suppose une destruction totale de la chose; l'article 1302 assimile à la perte les cas où la chose est mise hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence. Nous laissons de côté ce dernier cas, que la loi met à tort sur la même ligne que la destruction de la chose; si la chose est seulement perdue, elle existe encore, et elle peut se retrouver; donc l'obligation aussi subsiste, elle ne s'éteindra que lorsqu'il sera certain que la chose a cessé d'exister. Quand la chose est mise hors du commerce, elle existe encore matériellement, mais légalement elle n'existe plus, puisque, aux termes de l'article 1128, « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. » Quand donc la chose était dans le commerce lorsque le contrat a été passé et que postérieurement elle est mise hors du commerce, la convention se trouve sans objet, donc l'obligation du débiteur est éteinte. C'est ce qui arrive, dit Pothier, quand la chose est expropriée pour cause d'utilité publique; destinée à un service public, elle est mise par cela même hors du commerce. Le rapporteur du Tribunat ajoute que l'indemnité que le gouvernement paye à celui qui est exproprié revient au créancier. Résulte-t-il de là que le débiteur doit payer cette indemnité au créancier? Non, dit Jaubert, il n'est obligé qu'à lui céder ses droits et ses actions contre l'Etat qui exproprie (2). Cela

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 491, n° 260 *bis* IV. Toullier, t. IV, 1, p. 348, n° 462. Marcadé, t. IV, p. 651, n° IV de l'article 1302.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 650. Jaubert, Rapport, n° 59 (Locré, t. VI, p. 218). Duranton, t. XII, p. 595, n° 494.



n'est pas exact, comme nous allons le dire. C'est un corps certain et déterminé que l'on exproprie; donc il faut appliquer le principe que la propriété est transférée au créancier par le seul effet du contrat; or, c'est au propriétaire que l'indemnité est payée, le débiteur n'a donc rien à lui céder, il n'est tenu à rien.

511. L'article 1303 dit qu'en cas de perte le débiteur est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à la chose périe, mise hors du commerce ou perdue, de les céder à son créancier. Tous les auteurs remarquent que ce principe, vrai dans l'ancienne jurisprudence, ne l'est plus dans notre droit nouveau. Dans l'ancien droit, la propriété n'était transférée que par la tradition; le vendeur restant propriétaire, c'est à lui qu'appartenaient les actions relatives à la chose vendue, telles que l'action en indemnité en cas d'expropriation, l'action contre le voleur si la chose était volée; il devait les céder à l'acheteur qui avait droit, en vertu du contrat, à toutes les actions concernant la chose vendue. Dans notre droit moderne, la chose vendue est la propriété de l'acheteur dès l'instant où le contrat est parfait; c'est donc sa chose qui est expropriée ou volée, par conséquent c'est à lui que les actions appartiennent. Les auteurs du code ont maintenu, par inattention, une conséquence des anciens principes qu'ils avaient abolis par l'article 1138. L'article 1302 ne recevrait d'application aujourd'hui que si les parties étaient convenues que la propriété ne serait transférée que par la tradition; dans ce cas, le vendeur devrait céder à l'acheteur les droits et actions qu'il peut avoir par rapport à la chose (1).

512. Il a été jugé, par application de l'article 1303, que le débiteur, en cas d'incendie de l'immeuble par lui hypothéqué, est tenu de céder aux créanciers hypothécaires son action en indemnité contre l'assureur de l'immeuble (1). C'est une erreur. Le débiteur qui donne un immeuble en hypothèque n'est pas débiteur de l'immeu-

(1) Toullier, t IV, 1, p. 354, n° 476. Mourlon, t. II, p. 776, n° 1479. Colmet de Santerre, t. V, p. 490, n° 250 *bis* II.

ble, l'hypothèque n'est qu'une garantie qui est aux risques du créancier; son droit est un droit réel qui périt avec la chose dans laquelle il l'exerce. Si le débiteur a une action en indemnité contre l'assureur en cas d'incendie, cette action dérive d'un contrat auquel le créancier hypothécaire est étranger; donc l'action ne naît pas de la perte de la chose, et il n'y a que les actions résultant de la perte que le créancier peut exercer et qui doivent lui être cédées, d'après l'article 1303. Les créanciers hypothécaires n'auraient droit à la prime que si l'action en indemnité leur avait été cédée (1). Notre loi hypothécaire a décidé la difficulté. Nous y reviendrons au titre des *Priviléges et hypothèques* (t. XXXI, n° 400).

513. L'article 1302 suppose que la perte est totale. S'il reste une partie de la chose, l'obligation subsiste pour cette partie. Cela n'est pas douteux, dit Pothier; en effet, tant qu'il reste une chose qui puisse faire l'objet d'une obligation, il n'y a pas de raison pour qu'elle s'éteigne. Il y avait cependant une grande controverse dans l'ancien droit, lorsque ce qui reste de la chose ne peut être considéré comme une partie de la chose due. Un bœuf périt sans la faute du vendeur : l'acheteur a-t-il droit à la peau? Pothier se décide pour l'affirmative, en droit et en équité. Nous n'entrons pas dans ce débat, parce que dans notre droit moderne il est d'ordinaire sans intérêt : le créancier étant propriétaire de la chose, il va sans dire que ce qui en reste lui appartient. Toutefois la question peut encore se présenter s'il s'agissait de choses accessoires promises pour l'usage et le service de l'objet principal. Ce serait une question d'intention. Le créancier y aurait droit, malgré la perte de la chose principale, si telle avait été l'intention des parties contractantes; mais leur volonté peut aussi être que, la chose principale périssant, les accessoires ne soient pas dus. C'est une question de fait (2).

(1) Grenoble, 27 février 1834 (Dalloz, au mot *Assurance terrestre*, n° 84). En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 490, n° 260 *bis* III; Aubry et Rau, t. IV, p. 244, note 5, § 331.

(2) Pothier, n° 669. Colmet de Santerre, t. V, p. 489, n° 260 *bis* I.

N° 2. UNE CHOSE DÉTERMINÉE.

514. D'après l'article 1302, la perte de la chose ne libère le débiteur que lorsque la dette a pour objet un corps certain et déterminé. S'il s'agit de choses indéterminées, il ne peut pas être question de l'extinction de l'obligation par la perte de la chose, parce qu'une chose indéterminée ne périt point. C'est par application de ce principe que le débiteur d'une somme d'argent n'est pas libéré par l'incendie de tout ce qui lui appartient; il n'était pas débiteur de ce qui a péri, et la chose dont il est débiteur ne peut pas périr. Mais, ajoute Pothier, si le débiteur avait fait des offres réelles, la chose devient déterminée et, par suite, elle sera aux risques du créancier. Cela n'est pas douteux quand la chose est consignée; l'article 1257 le dit. Quel est l'effet des offres quant aux risques tant que le débiteur n'a pas consigné? Nous avons examiné la question plus haut (n° 198).

515. Le principe établi par l'article 1302 reçoit une restriction lorsque la chose due, quoique indéterminée, fait partie d'un nombre déterminé de certaines choses. Pothier dit que dans ce cas l'obligation *peut* s'éteindre par la perte de toutes ces choses. Il y a donc des cas dans lesquels l'obligation s'éteint, il y en a dans lesquels elle ne s'éteint point. Si la désignation des choses est limitative, l'obligation s'éteindra; si elle est seulement démonstrative, l'obligation ne s'éteindra point. Je vous vends un tonneau du vin que j'ai dans telle cave; une inondation emporte tout le vin qui se trouve dans la cave; l'obligation est éteinte, elle était limitée à un certain nombre d'objets; dès lors le principe de l'article 1302 peut recevoir son application. Mais si je vends un tonneau de vin à prendre dans ceux de ma cave, mon obligation subsiste, quand même tout le vin qui était dans cette cave aurait péri par cas fortuit; la désignation, dans ce cas, n'est pas limitative, elle n'est que démonstrative. Quand la désignation est-elle limitative? Quand n'est-elle que démonstrative? C'est une question de fait, car c'est, avant

tout, une question d'intention; le juge la décidera d'après les circonstances de la cause, en consultant les termes dont les parties se sont servies, sans toutefois y attacher une trop grande importance, à raison de l'ignorance ou de la négligence de ceux qui rédigent les actes. C'est la remarque de Toullier, et malheureusement elle est toujours fondée (1).

N° 3. CAS FORTUIT.

516. Pour que la perte de la chose libère le débiteur, il faut qu'elle ait péri sans sa faute, dit l'article 1302, c'est-à-dire par cas fortuit. On entend par cas fortuits des événements de la nature ou des faits de l'homme auxquels le débiteur n'a pu résister. Pour qu'il y ait cas fortuit, il faut qu'il n'ait pas été causé par la faute du débiteur, sinon il en répond (2). La remarque est importante pour un des cas fortuits que les auteurs citent d'ordinaire, l'incendie; quand ce n'est pas le feu du ciel, il est le plus souvent le résultat d'une négligence, c'est-à-dire d'une faute, et alors il cesse d'être un cas fortuit. Nous reviendrons sur ce point au titre du *Louage*. Il faut encore remarquer que toute faute ne rend pas le débiteur responsable en matière d'obligations conventionnelles; nous renvoyons à ce qui a été dit sur la théorie des fautes. Enfin, le débiteur peut être tenu des cas fortuits en vertu de la convention, s'il a pris sur lui le risque des cas fortuits. Il faut pour cela une clause formelle, puisqu'elle déroge au droit commun. Pothier, qui se préoccupe toujours de l'équité, a soin de dire que cette clause n'a rien de contraire à l'équité qui doit régner dans les contrats. Si un ouvrier se charge de tailler une pierre, et si elle est cassée par le vice de la matière, il en répondra s'il a pris les risques sur lui; mais, dit Pothier, il sera dédommagé par le prix plus élevé qu'il aura stipulé pour son travail. Il se peut néanmoins que le débiteur ne soit pas

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 659. Toullier, t. IV, 1, p. 335, n° 445.
(2) Duranton, t. XII, p. 594, n°s 492, 493.

indemnisé; dans ce cas, la clause par laquelle il se charge des risques sera une vraie libéralité, au moins quant au fond, et on applique les principes qui régissent les libéralités (1).

517. Doit-on considérer comme cas fortuit, dont le débiteur ne répond pas, l'ordre donné par l'autorité communale de démolir une maison? Nous traiterons la question au titre du *Louage*.

Il y a sur cette question deux arrêts rendus par la cour de Paris qui semblent contradictoires. Nous croyons qu'ils contiennent l'application des principes que nous venons d'exposer. Le fait joue un grand rôle dans ces débats, en ce sens que le juge doit voir si la démolition a été ordonnée par suite d'une faute du propriétaire. Tel était le cas dans l'une des espèces jugées par la cour de Paris. On lit dans l'arrêt que l'obligation imposée au propriétaire de démolir la façade de sa maison et de la reconstruire en retraite a été le résultat, en grande partie, du mauvais état de ce mur. Cela était décisif; le locataire avait dès lors droit à une indemnité, comme réparation du préjudice qu'il avait éprouvé par suite des travaux; dans l'autre espèce, l'expert avait constaté que l'état de dégradation et de ruine où se trouvait le bâtiment provenait de la vétusté et de la nature de la construction, que cet état de choses ne pouvait être attribué à l'une ni à l'autre des parties; qu'il n'y avait pas moyen de porter remède au mal par des réparations partielles; de fait, l'autorisation demandée par le propriétaire de faire des travaux de réparation lui avait été refusée. Dans ces circonstances, la démolition partielle était une question d'alignement; et l'alignement ordonné par suite de vétusté est un cas de force majeure dont le propriétaire ne peut pas répondre, car il est le premier à en souffrir (2).

518. La guerre et ses nécessités sont des faits de force majeure qui mettent le débiteur dans l'impossibilité de remplir ses engagements. On a demandé si l'extinc-

(1) Pothier, n° 668. Colmet de Santerre, t. V, p. 487, n° 257 *bis* II.

(2) Paris, 8 mars 1841 et 19 août 1839 (Dalloz, au mot *Force majeure*, n° 29). Comparez Nancy 31 août 1867 (Dalloz, 1868, 2, 150).



tion de l'obligation est définitive, ou si, le cas de force majeure cessant, le contrat reprend son empire? La cour de cassation a jugé que le cas fortuit a un effet résolutoire sur les conventions; de sorte qu'il en résulte, non un simple effet dilatoire, mais une extinction définitive. Cette décision n'est-elle pas trop absolue? Cela dépend, nous semble-t-il, de la nature des contrats; les conventions obligent les parties comme une loi; l'impossibilité d'exécuter la loi peut n'être que momentanée; si les choses restent entières, en ce sens que la convention est susceptible d'être exécutée telle qu'elle avait été contractée, il faut décider que la force majeure aura seulement pour effet de suspendre l'exécution de la convention. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour, il s'agissait d'une vente de grains dont la livraison devait se faire à des époques déterminées, par quantité de 200 sacs, fin septembre, octobre, novembre et décembre. La cour de Paris décida que l'exécution du marché était devenue impossible par suite de l'investissement de Paris, lequel, commencé dès le 16 septembre 1870, dura jusqu'en février 1871. L'acheteur prétendait que le marché devait être exécuté après la cessation du blocus. Ce serait, dit la cour, modifier arbitrairement les conventions des parties et créer un contrat nouveau, les juges n'ont pas ce droit : ils doivent, ou ordonner l'exécution du contrat, ou en prononcer la résolution. Dans ces circonstances, la résolution n'était pas douteuse (1). L'arrêt est donc fondé sur les circonstances de la cause; il ne faut pas le considérer comme une décision absolue, applicable à tous les cas de force majeure.

N° 4. FAUTE DU DÉBITEUR

519. L'article 1302 dit que la perte de la chose n'entraîne pas l'extinction de l'obligation lorsque la chose a péri par la *faute* du débiteur. Que faut-il décider si la chose périt par le *fait* du débiteur sans qu'il y ait *faute?*

(1) Rejet, 14 mai 1872 (Dalloz, 1873, 1, 78).

Pothier répond que l'extinction de la chose due ne libère le débiteur que si elle est arrivée sans le fait ni la faute du débiteur. Les auteurs du code ont transcrit dans l'article 1302 ce que Pothier dit au n° 661, en omettant le mot *fait*. Faut-il conclure de là qu'ils ont entendu déroger à l'opinion de Pothier? La négative nous paraît certaine. Si, dit Pothier, la perte est arrivée par le fait du débiteur, il est évident que l'obligation ne doit pas être éteinte et qu'elle doit se convertir en l'obligation du prix de cette chose; car le débiteur ne peut par son fait se libérer de son obligation et faire perdre au créancier sa créance. C'est la décision des lois romaines, et ce sont les vrais principes; sur ce point, il n'y a aucun doute. Reste à savoir si les textes du code permettent d'admettre cette doctrine. Il y a deux articles qui prouvent que les auteurs du code sont restés fidèles à la doctrine romaine. L'article 1042 décide que le legs est caduc lorsque la chose léguée a péri depuis la mort du testateur, sans le *fait et la faute* de l'héritier; donc l'héritier, débiteur d'un corps certain, répond de la perte arrivée par son fait; s'il en est ainsi de l'obligation de livrer née d'un testament, il en doit être de même de l'obligation de livrer née d'un contrat. L'article 1245 le dit positivement : le débiteur répond des détériorations qui proviennent de son *fait;* ce que le code dit de la perte partielle, dans l'article 1245, doit être étendu à la perte totale, car la raison de décider est identique. C'est l'opinion de tous les auteurs (1).

520. La perte de la chose soulève une difficulté de preuve. Qui doit prouver que la chose a péri par la faute du débiteur, ou qu'elle a péri par cas fortuit? Aux termes de l'article 1302, le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue. Ainsi le créancier ne doit pas prouver la faute du débiteur. C'est l'application des principes qui régissent la preuve. Le demandeur doit prouver le fondement de sa demande, il doit donc prouver que la créance existe; si le débiteur se prétend libéré, il doit fournir la preuve de sa libération. Or, le débiteur n'est pas libéré

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 351, n° 466. Colmet de Santerre, t. V, p. 485, n° 256 *bis* III.

par le fait de la perte de la chose, il ne l'est que si la chose a péri par cas fortuit; il doit donc prouver le cas fortuit qu'il allègue comme cause de sa libération. Toutefois, si le créancier soutenait que le cas fortuit a été causé par une faute du débiteur, il devrait en fournir la preuve; car c'est une exception ou réplique qu'il oppose à la demande de libération, c'est à lui d'en donner la preuve (1).

521. Le code suppose qu'il n'y a qu'un seul débiteur : il peut y en avoir plusieurs, soit solidaires, soit non solidaires, il peut y avoir un débiteur principal et une caution. Qui répond de la perte arrivée par le fait de l'un des débiteurs, par le fait du débiteur principal, ou par le fait de la caution?

Quand il y a plusieurs débiteurs solidaires et que la chose périt par la faute de l'un d'eux, l'article 1205 décide que la perte ne libère pas les autres débiteurs, l'obligation est perpétuée à leur égard; ils doivent la valeur de la chose périe, et ils la doivent solidairement; le débiteur qui a fait périr la chose doit en outre les dommages-intérêts, s'il y a lieu. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur les effets de la solidarité (t. XVII, n° 311).

Si les débiteurs ne sont pas solidaires, le fait ou la faute de l'un d'eux est un cas fortuit à l'égard des autres, donc ils sont libérés; le créancier n'a d'action en dommages-intérêts que contre celui des débiteurs qui a fait périr la chose. Il en serait ainsi de plusieurs héritiers entre lesquels la dette se divise, chacun n'est tenu que pour sa part, sans solidarité; d'où suit que chacun ne répond que de son fait. Le fait d'un héritier est à l'égard des autres le fait d'un étranger, donc un cas fortuit (2).

Si la chose périt par le fait du débiteur principal, la caution n'est pas libérée, car elle répond de ce fait. Le débiteur principal est tenu de la perte arrivée par son fait; or, la caution garantit non-seulement l'obligation principale du débiteur, mais aussi toutes les obligations secondaires qui en dérivent : telle est la responsabilité

(1) Pothier, n° 656. Colmet de Santerre, t. V, p. 488, n° 258 *bis*.
(2) Pothier, n° 667. Duranton, t. XII, p. 611, n° 511.

qui incombe au débiteur à raison de la perte de la chose. Mais le débiteur principal ne répond pas des faits de la caution; si donc la chose périssait par le fait de la caution, le créancier n'aurait d'action que contre elle, le débiteur serait libéré comme il l'est par le fait d'un tiers, car ce fait est pour lui un cas fortuit (1).

N° 5. DE LA DEMEURE DU DÉBITEUR.

522. Le débiteur qui est en demeure répond de la perte de la chose, quand même elle arriverait par cas fortuit (art. 1302 et 1138). C'est un des effets de la demeure. La loi suppose que si la chose eût été livrée au créancier, elle n'aurait pas péri chez lui; la demeure implique donc que la perte est due à la faute du débiteur, ce qui le rend responsable. De là l'article 1302 conclut que le débiteur ne répond pas du cas fortuit, quoiqu'il soit en demeure, au cas où la chose eût également péri chez le créancier, si elle lui avait été livrée; dans ce cas, la demeure ne cause aucun dommage au créancier, et le débiteur ne doit répondre que du dommage qu'il cause. Quand peut-on dire que la chose aurait péri chez le créancier? C'est une question de fait. Elle permet au juge de prendre en considération toutes les circonstances de la cause. Le créancier peut dire qu'à la vérité le cas fortuit aurait fait périr la chose chez lui si elle s'y était encore trouvée, mais qu'il l'aurait aliénée si elle lui avait été livrée. Le juge tiendra compte de cette exception si elle est justifiée; Pothier dit que l'on présumera facilement que la chose ne serait pas également périe chez le créancier si celui-ci était un marchand qui l'achetait pour la revendre (2). Le juge peut décider la contestation par des présomptions, puisqu'il s'agit de cas fortuits et de faits dont le créancier n'a pas pu se procurer une preuve littérale.

(1) Pothier, n° 665. Mourlon, t. II, p. 775, n°s 1474 et 1475.
(2) Pothier, n° 664. Duranton, t. XII, p. 606, n° 503.

523. L'article 1302 ajoute : « De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix. » De là suit que le cas fortuit ne libère pas le débiteur. En ce sens, on dit que le voleur est toujours en demeure; il est inutile de lui faire une sommation, le délit qu'il a commis l'obligeant à restituer ce qu'il a soustrait. Mais le voleur peut-il opposer l'exception que la loi accorde au débiteur ordinaire, en l'admettant à prouver que la chose eût également péri chez le propriétaire? La question est controversée. Elle doit être décidée négativement, à notre avis. C'était l'opinion de Pothier. « On n'entre point, dit-il, dans la discussion de savoir si la chose serait périe également chez le créancier, à l'égard de la restitution des choses dues par ceux qui les ont volées; ils sont tenus *indistinctement* du prix de la chose lorsqu'elle est périe entre leurs mains. » Les auteurs du code ont suivi la doctrine de Pothier sur ce point, comme sur tous les autres qui concernent la perte de la chose due; l'ensemble de l'article 1302 le prouve. Il est dit d'abord que la perte de la chose libère le débiteur, à moins qu'il ne soit en demeure; et alors même qu'il est en demeure, son obligation est éteinte s'il prouve que la chose eût également péri chez le créancier. Puis l'article ajoute : « *de quelque manière* que la chose volée ait péri, le voleur doit restituer le prix. Ces mots *de quelque manière* rendent l'idée que Pothier exprimait par le mot *indistinctement;* la loi dit qu'il n'y a pas de distinction à faire, ce qui décide la question. On fait cependant une objection, et elle est sérieuse. Il est contraire à l'équité et au droit, dit-on, que le propriétaire s'enrichisse aux dépens du voleur; or, n'est-ce pas s'enrichir à ses dépens que de lui demander le prix d'une chose qui aurait péri chez le propriétaire si elle n'avait pas été volée? On devrait le décider ainsi en théorie; cela n'est pas douteux; mais la théorie est en opposition avec la tradition et avec le texte de la loi qui la confirme. On peut, du reste, justifier la décision de Pothier : il n'appartient pas au voleur de s'excuser en invoquant le cas fortuit pour sa libération;

le plus souvent le propriétaire volé n'a qu'une action dérisoire, le voleur étant insolvable et la chose volée ayant disparu : n'est-il pas équitable que le propriétaire ait une compensation quand la chose périt entre les mains du voleur et que celui-ci, par hasard, se trouve solvable (1)?

N° 6. CONTRAT PUR ET SIMPLE.

524. La question de l'extinction des obligations par la perte de la chose due se lie à celle des risques. Nous avons développé ailleurs le principe établi par l'art. 1238 : le créancier supporte le risque. Aux divers titres qui traitent des contrats, nous examinerons les difficultés qui se présentent dans l'application du principe.

525. Le principe de l'article 1302 ne s'applique qu'aux contrats purs et simples, en ce sens que dans les contrats conditionnels la chose périt pour le débiteur. Que faut-il décider si le contrat est fait sous condition résolutoire ou sous une alternative? Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'effet de la condition résolutoire et de l'alternative.

SECTION VII. — De l'action en nullité ou en rescision des conventions.

ARTICLE 1. Notions générales.

§ Ier. *Y a-t-il une différence entre l'action en nullité et l'action en rescision?*

526. Le code place parmi les causes qui éteignent les obligations l'action en nullité ou en rescision. Cela suppose qu'il s'agit d'une obligation annulable ou rescindable. Y a-t-il une différence entre une obligation annulable et une obligation rescindable? Il y avait dans l'ancien droit des différences assez notables entre l'action en nullité et l'action en rescision (2). Nous allons les exposer briève-

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 352, n° 468. Marcadé, t. IV, p. 647 et suiv. Mourlon, t. II, p. 775, n° 1478. Colmet de Santerre, t. V, p. 488, n° 259 *bis*. En sens contraire, Duranton, t. XII, p. 608, n° 506 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 244, note 6, § 331.

(2) Argou, *Institution au droit français*, t. II, p. 478 (chapitre XIV du titre IV). Merlin, *Répertoire*, aux mots *Rescision* et *Nullité* (Aubry et Rau, t. IV, § 332.

ment, cette matière n'ayant plus qu'un intérêt historique.

Il y avait lieu à l'action en nullité lorsque la nullité était prononcée par les ordonnances ou les coutumes; tandis que l'action en rescision était donnée dans les cas où aucune loi positive ne déclarait la convention nulle. Valable d'après la rigueur du droit, l'obligation était néanmoins rescindable, parce qu'elle blessait l'équité : telles étaient les conventions viciées par l'erreur, la violence, le dol, la lésion. Voici quel était l'intérêt pratique de cette distinction. Les actions en nullité se portaient immédiatement devant les tribunaux compétents, tandis que le demandeur en rescision devait, avant de saisir la justice, se pourvoir de lettres de rescision, lesquelles se délivraient, au nom du roi, par les chancelleries attachées aux parlements. C'est en ce sens que l'on disait : *Voies de nullité n'ont point de lieu en France* (1).

Quelle est la raison de cette distinction? Avait-elle un fondement rationnel? On lit dans le Répertoire de Merlin que l'on peut faire prononcer en justice la nullité des actes que les lois déclarent nuls, sans qu'il soit besoin de prendre la voie de la rescision, parce que ce qui est nul est censé ne pas exister et, conséquemment, n'a pas besoin d'être rescindé. Cela est contradictoire. Si l'acte nul n'existe pas, on ne conçoit pas plus l'annulation que la rescision. Les auteurs modernes ont donné une couleur plus raisonnable à la distinction des actes nuls et des actes rescindables. L'équité, dit-on, ne suffit pas pour que le juge anéantisse un acte, il faut que le pouvoir souverain intervienne pour l'y autoriser; voilà pourquoi il fallait des lettres de rescision quand on attaquait un acte sans que cet acte fût déclaré nul par une loi. Cela serait admissible si la demande en rescision n'avait réellement d'autre fondement que l'équité; mais un consentement vicié est-il valable en droit? Non, certes; il n'y avait donc au fond aucune différence entre les actes nuls et les actes rescindables. Aussi les lettres de rescision n'étaient-elles qu'une

(1) Loysel, *Institutes coutumières*, V, 2, 5.

simple formalité; on les accordait sans connaissance de cause, et on ne les refusait jamais.

En définitive, la raison que l'on donne ressemble à un prétexte. La vraie raison est une raison historique. Ce sont les jurisconsultes, ennemis-nés de la féodalité, qui imaginèrent les lettres de rescision pour soustraire les demandes en nullité les plus fréquentes à la juridiction des seigneurs; le roi qui accordait les lettres de rescision autorisait en même temps les juges royaux à prononcer la rescision. C'était un moyen d'étendre la juridiction des parlements et de restreindre celle des seigneurs. On sait que la lutte de la royauté contre la féodalité se termina par la victoire des rois, qui devinrent souverains absolus. Dès lors les lettres de rescision et, par suite, la différence entre les actions en rescision et les actions en nullité n'avaient plus de raison d'être. En fait, la différence n'était que de pure forme. Toutefois il y avait une prescription différente; les actions en nullité soumises au droit commun se prescrivaient aussi par le droit commun, c'est-à-dire par le laps de trente ans, tandis que la prescription des actions en rescision était généralement de dix ans.

527. La loi du 7 septembre 1790 (art. 20 et 21) supprima les chancelleries et disposa que désormais les actions en rescision, comme les actions en nullité, seraient portées directement devant les tribunaux. Dans le nouvel ordre de choses créé par la révolution, il ne pouvait être question du pouvoir souverain du roi en matière de justice : les tribunaux devenaient un pouvoir, et le pouvoir judiciaire avait une égale compétence pour toutes les actions que les citoyens étaient dans le cas d'intenter. Il ne restait d'autre différence entre les actions en nullité et les actions en rescision que la durée de la prescription; l'article 1304 l'abolit, en soumettant toutes les actions en nullité à la prescription de dix ans.

Le code civil met l'action en nullité sur la même ligne que l'action en rescision; pour mieux dire, il n'y a plus deux actions, il n'y en a qu'une seule, que la loi qualifie indifféremment d'action en nullité ou d'action en resci-

sion. C'est ainsi que l'intitulé de notre section porte : *De l'action en nullité ou en rescision*. La loi ne dit pas *des actions;* il n'y a donc plus qu'une seule action. L'article 1304 dit de même : « Dans tous les cas où l'*action en nullité ou en rescision* n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. » Il n'y a plus que les expressions de l'ancien droit qui subsistent comme un souvenir historique, mais il faut se garder de croire que le code y attache une différence; il emploie indifféremment les termes *nullité, rescision,* ou l'expression romaine *restitution en entier* lorsqu'il s'agit d'un contrat vicié par l'erreur, la violence ou le dol, action qui, dans l'ancien droit, était exclusivement qualifiée d'action en rescision ou de restitution en entier. Ainsi l'article 887 dispose que les partages peuvent être *rescindés* pour cause d'erreur ou de dol : c'est l'ancienne terminologie. Mais cette même action est appelée action en *nullité* dans les articles 1113, 1114 et 1115, d'après lesquels l'erreur, la violence et le dol sont des causes de nullité. Enfin l'article 1117 dit que l'erreur, la violence et le dol donnent lieu à une action en nullité ou en rescision (1).

Il n'y a du reste aucune trace d'une différence entre les deux actions dans nos textes. Cependant Toullier a soutenu qu'il restait des différences. Sa doctrine, qui ne trouve d'appui ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi, est rejetée par tous les auteurs. Il est même inutile de la combattre ; Duranton l'a fait, et la réfutation est péremptoire (2).

528. Toutefois l'on a remarqué que le code qualifie toujours d'*action en rescision* celle par laquelle on attaque une convention pour cause de lésion; parfois il se sert de l'expression latine : *restitution, restituer;* il ne l'appelle jamais *action en nullité*. L'expression *action en rescision* a donc deux significations dans le langage du code : elle

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 496, n° 264 *bis* I. Aubry et Rau, t. IV, p. 247, § 332.
(2) Toullier, t. IV, 1, n[os] 527-529. En sens contraire, Duranton, t. XII, p. 628, n° 525, et tous les auteurs.

est, en général, synonyme d'action en nullité quand il s'agit de l'action par laquelle on demande l'annulation d'un acte pour une cause quelconque, excepté la lésion; elle s'emploie aussi dans un sens plus restreint, pour désigner exclusivement l'action fondée sur la lésion. Prise dans ce dernier sens, l'action en rescision diffère de l'action en nullité sous deux rapports : en ce qui concerne la preuve à faire par le demandeur et en ce qui concerne les droits du défendeur.

Tout demandeur doit prouver le fondement de sa demande. Sur quoi l'action en nullité est-elle fondée? Le demandeur soutient que l'acte est nul parce qu'il ne réunit pas toutes les conditions nécessaires à sa validité. Il doit donc prouver qu'une condition, prescrite sous peine de nullité, manque. Quand il a fait cette justification, le juge doit annuler l'acte; le demandeur n'est pas tenu de prouver que la nullité lui cause une lésion quelconque; l'acte ne peut subsister, parce que la loi ne le permet pas, elle ne peut pas reconnaître d'effet à un acte qui viole ses dispositions.

Il en est autrement de la rescision pour cause de lésion. Dans ce cas, c'est la lésion qui est le fondement de la demande; par suite le demandeur doit prouver qu'il a été lésé. Les partages peuvent être rescindés, dit l'article 887, lorsqu'un des cohéritiers *établit*, à son préjudice, une lésion de plus du quart; il faut donc qu'il l'*établisse*. Si le vendeur, dit l'article 1674, a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente; il doit donc prouver la lésion de sept douzièmes. Les mineurs peuvent demander la rescision des conventions qu'ils ont faites, pour cause de lésion : nous avons dit ailleurs dans quels cas et sous quelles conditions; leur action étant basée sur la lésion, ils doivent prouver qu'ils ont été lésés (art. 1305); nous dirons plus loin quelle doit être l'importance de la lésion.

La différence que nous signalons entre l'action en rescision pour cause de lésion et l'action en nullité est surtout remarquable quand ce sont des mineurs qui agisent. Ils

ont l'une et l'autre action. L'acte est-il nul en la forme, ils doivent agir en nullité, en prouvant quelle est la formalité prescrite sous peine de nullité qui n'a pas été remplie; mais ils ne sont pas tenus d'établir une lésion quelconque. Quand la loi ne prescrit aucune forme, les mineurs peuvent attaquer l'acte lorsqu'ils sont lésés, c'est ce que l'article 1311 appelle la restitution; c'est l'action en rescision pour cause de lésion; les mineurs doivent, dans ce cas, prouver qu'ils ont été lésés.

529. Il y a une seconde différence entre l'action en nullité et l'action en rescision pour cause de lésion. Quand l'un des héritiers demande la rescision du partage pour lésion de plus du quart, le défendeur peut arrêter le cours de l'action, en offrant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire (art. 891). L'acheteur a le même droit quand le vendeur demande la rescision de la vente pour lésion de plus de sept douzièmes; il peut garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total (art. 1681). La loi ne dit pas que le défendeur a le droit d'arrêter l'action en restitution du mineur en l'indemnisant. De là quelque doute. Nous croyons que l'on doit appliquer par analogie le principe consacré par les articles 1681 et 891. Nous disons que c'est un principe; si c'était une exception, comme on le prétend, il est certain qu'on ne pourrait pas l'étendre : à notre avis le droit du défendeur d'arrêter l'action, en indemnisant le demandeur, résulte du fondement même de l'action que l'on intente contre lui. L'action est fondée uniquement sur le préjudice que le demandeur éprouve; si le défendeur offre de réparer le préjudice, la demande doit tomber, parce qu'elle n'a plus de raison d'être; car il n'y a pas d'action sans intérêt. Ce n'est donc pas par une faveur particulière que la loi accorde au défendeur le droit d'arrêter l'action quand il s'agit d'un partage ou d'une vente, c'est à raison de la nature de l'action. Or, l'action du mineur repose aussi sur un préjudice, on doit donc permettre au défendeur de l'arrêter; on le doit d'autant plus que le mineur peut demander la rescision pour une lésion bien moindre que celle des sept douzièmes ou du

quart. Et il importe toujours de maintenir la stabilité des contrats (1).

530. Les différences qui existent entre l'action en nullité et l'action en rescision pour cause de lésion ont des conséquences pratiques. On ne peut, dans l'instance d'appel, convertir une demande en nullité en une demande en rescision, ni *vice versâ,* car ce serait une demande nouvelle, et toute demande doit être soumise aux deux degrés de juridiction quand elle est susceptible d'appel. Ce point est cependant controversé (2). Une autre conséquence du même principe ne saurait être contestée. Je demande la nullité d'une convention, en la fondant sur un vice de consentement : l'erreur, la violence, le dol ; je succombe. Si j'intente ensuite une action en rescision pour cause de lésion, le défendeur pourra-t-il me repousser par l'exception de chose jugée? Non, parce que la cause de la seconde demande n'est pas la même. Nous reviendrons sur le principe en traitant de la chose jugée (3).

§ II. *Des obligations annulables.*

531. Il ne faut pas confondre les obligations annulables avec les obligations inexistantes. Nous avons établi ailleurs la différence qui existe entre les actes nuls, c'est-à-dire annulables, et les actes que la doctrine appelle inexistants, parce qu'ils n'ont pas d'existence aux yeux de la loi, en ce sens que la loi ne leur reconnaît aucun effet. Les actes nuls donnent seuls lieu à une action en nullité. Quant aux actes inexistants, on ne peut logiquement en demander l'annulation, car on ne demande pas la nullité du néant. Si l'on m'oppose un contrat auquel je n'ai pas consenti, j'ai sans doute le droit de le repousser; mais je ne demanderai pas au juge de l'annuler, car ce contrat n'existe pas, puisqu'il n'y a pas de contrat sans

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 248 et note 6, § 333, et les auteurs qu'ils citent. En sens contraire, Larombière, t. IV, p 131, n° 20 de l'article 1306 (Ed. B., t. II, p. 459).
(2) Merlin, *Répertoire,* au mot *Nullité,* § 9. En sens contraire, Troplong, *De la vente,* t. II, n°s 687 et suiv.
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 248, note 2, § 333.

consentement; je demanderai que le juge déclare qu'il n'y a jamais eu de contrat. Je puis aussi prendre l'initiative, en agissant en justice pour qu'il soit décidé que le contrat que l'on pourrait un jour opposer à moi ou à mes héritiers n'a pas d'existence légale. Le juge ne l'annulera pas, il déclarera qu'il manque de l'une des conditions requises pour son existence et que, par suite, il ne peut produire aucun effet (t. XV, n° 465).

532. Quand on dit qu'un acte est nul, cela veut dire qu'il est annulable, que la nullité en peut être demandée; et elle doit être demandée si celui qui a le droit d'attaquer l'acte ne veut pas l'exécuter. D'après le code civil, il n'y a pas de nullité de plein droit, c'est-à-dire de nullité qui existe en vertu de la loi et sans qu'elle doive être prononcée par le juge. Nous ne connaissons qu'un seul cas dans lequel la loi elle-même déclare l'acte nul sans qu'il faille une sentence du juge. Aux termes de l'article 692 du code de procédure, « la partie saisie ne peut, à compter du jour de la dénonciation à elle faite de la saisie, aliéner les immeubles à peine de nullité, et *sans qu'il soit besoin de la faire prononcer*. » Cette unique exception confirme la règle : il n'y a pas de nullité sans jugement qui la déclare.

L'article 502 semble dire le contraire, en disposant que tous actes passés par l'interdit postérieurement au jugement qui prononce l'interdiction sont nuls de *droit*, ainsi que les actes passés par les prodigues et les faibles d'esprit postérieurement au jugement qui les place sous conseil. Mais l'expression *nuls de droit* ne signifie pas nuls de *plein droit*. Nous avons expliqué ailleurs le sens de l'article 502, il est inutile d'y revenir; tout le monde est d'accord que les actes faits par l'interdit ne sont pas nuls de plein droit, qu'ils sont seulement annulables, comme ceux des incapables en général. Les articles 1125 et 1304 ne laissent aucun doute sur ce point : « Le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent *attaquer*, pour cause d'incapacité, leurs engagements que dans les cas prévus par la loi. » Ils doivent donc les *attaquer;* et la loi ne leur donne que dix ans pour intenter l'action en nul-

lité: après ce délai, l'acte devient pleinement valable.

Il en est de même des conventions contractées par erreur, violence ou dol; l'article 1117 dit formellement qu'elles ne sont pas nulles *de plein droit*, qu'elles donnent seulement lieu à une action en nullité (1).

L'orateur du gouvernement a formulé le principe dans l'Exposé des motifs : « Au nombre des manières dont les conventions s'éteignent, est leur annulation. Elle se fait toujours par l'autorité du juge qui prononce sur l'action en nullité ou en rescision. » Bigot-Préameneu ne motive pas le principe. Il est fondé sur la nature même des actes nuls. En ne les déclarant pas nuls de plein droit, la loi abandonne par cela même aux parties intéressées le soin d'en provoquer l'annulation. Elles peuvent avoir intérêt à maintenir l'acte quoiqu'il soit nul. Il faut donc qu'elles demandent la nullité si leur intention est de ne pas exécuter l'acte. Par suite, il faut une action en justice, car il y a une question de droit et une question de fait à examiner: la loi prouve-t-elle la nullité? la condition prescrite sous peine de nullité n'est-elle pas remplie? Le juge seul peut décider ces questions; de là suit que l'annulatiou doit être prononcée par jugement et que la nullité n'existe que du jour où elle a été prononcée.

533. De là résulte une conséquence importante. Tant que le contrat n'a pas été annulé, il existe et produit tous les effets d'un contrat qui serait pleinement valable. Il a été jugé qu'il en est ainsi, alors même que la nullité est absolue et d'ordre public; l'acte n'en a pas moins effet tant qu'il n'a pas été annulé par les tribunaux. Cela n'est pas douteux. Quand le contrat est inexistant, la loi dit que l'obligation ne peut avoir aucun effet (article 1131); mais si l'acte est simplement nul, il a une existence légale jusqu'à ce qu'il ait été annulé; donc il doit produire ses effets jusqu'à ce que le juge en ait prononcé l'annulation. Et il n'appartient qu'aux parties intéressées d'agir en nullité, elles seules peuvent savoir s'il

(1) Duranton, t. XII, p. 621, nos 521 et 522.

est de leur intérêt de maintenir l'acte ou d'en provoquer l'annulation. La cour de cassation a décidé par le même arrêt que l'acte ne peut pas être annulé à la demande et dans l'intérêt de l'administration de l'enregistrement; la régie n'a point qualité pour discuter la validité des actes; sauf les cas de fraude ou de dol, elle doit les admettre tels qu'ils se présentent, avec leurs caractères et leurs effets apparents. Nous renvoyons à l'arrêt pour l'application qu'il fait du principe (1).

La cour de cassation a fait l'application du principe en matière civile dans l'espèce suivante. D'après le code de procédure (art. 656 et 657), l'officier qui fait la vente des biens saisis doit consigner les deniers si le saisi et les créanciers ne s'accordent pas sur la distribution qui en doit être faite. Dans l'espèce, l'huissier, au lieu de consigner, avait payé l'un des créanciers opposants, au préjudice de l'autre. Celui-ci intenta une action en responsabilité contre l'officier public. L'huissier opposa la nullité de l'opposition faite par le créancier demandeur. Cette défense ne fut point accueillie; il n'y a pas de nullité de plein droit, dit la cour de cassation. Donc l'huissier devait s'arrêter devant l'opposition, sauf aux parties intéressées à en provoquer l'annulation; tant qu'elle n'était pas annulée, l'opposition subsistait et l'huissier devait la respecter (2).

534. Dans quels cas les actes contraires à la loi sont-ils nuls? et qui en peut demander la nullité? Nous avons examiné la question de principe en expliquant le titre préliminaire du code civil. Quant aux difficultés d'application, nous les renvoyons aux divers titres où se trouve le siége de la matière.

§ III. *De la rescision pour cause de lésion.*

535. La question si difficile des nullités est décidée par le code en ce qui concerne l'action en rescision pour cause de lésion. Aux termes de l'article 1118, la lésion

(1) Rejet, chambre civile, 15 février 1854 (Dalloz, 1854, 1, 51).
(2) Rejet, 20 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 1, 337).

ne vicie pas, en règle générale, les conventions. Nous en avons dit la raison en expliquant cet article. La lésion n'est une cause de rescision que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes. Quant aux contrats qui peuvent être rescindés entre majeurs pour cause de lésion, l'article 1313 contient également une disposition restrictive : « Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le présent code. » Or, le code ne contient que deux cas dans lesquels il y a lieu à rescision des contrats : le partage et la vente d'immeubles. Donc hors de ces deux cas aucun contrat ne peut être rescindé pour cause de lésion entre majeurs. Nous verrons une application du principe au titre du *Louage*. Quant aux personnes qui peuvent demander la rescision pour cause de lésion, ce sont les mineurs. Dans quels cas les mineurs, soit non émancipés, soit émancipés, peuvent-ils agir en rescision pour cause de lésion? Nous avons examiné cette difficile question en traitant de l'incapacité des mineurs. Pour le moment, nous n'avons à exposer que les règles qui régissent l'action en rescision.

Nº 1. DES MINEURS. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

536. Le mineur qui agit en rescision doit prouver la lésion; c'est le fondement de sa demande, on doit donc lui appliquer le principe, qui impose la preuve au demandeur. Il y a des cas où la loi rejette la preuve sur celui qui a traité avec le mineur. Le payement fait au mineur n'est pas valable, à moins que la chose payée n'ait tourné au profit du créancier. A qui incombe la preuve? Le mineur demande la nullité du payement : est-ce à lui de prouver que le payement ne lui a pas profité? ou est-ce au débiteur de prouver que la chose payée a tourné au profit du mineur? L'article 1241 décide la question en ce dernier sens. Voilà un cas où le mineur se prévaut de son incapacité pour demander la nullité du payement; cependant, quoique demandeur, il n'a rien à prouver,

sinon son incapacité. La réponse à l'objection est facile. Tout payement fait à un incapable est nul ; donc l'incapable qui agit en nullité n'a qu'une chose à prouver, c'est son incapacité. Que si le débiteur lui oppose que le payement a tourné au profit du créancier, il devient demandeur quant à cette exception; il en doit, par conséquent, établir le fondement. Ainsi l'article 1241 consacre l'application des principes généraux qui régissent la preuve, et c'est aussi en vertu de ces principes que la preuve incombe au mineur quand il demande la restitution pour cause de lésion; il n'est pas restitué comme mineur, il est restitué comme lésé; c'est la lésion qui est le fondement de sa demande : cela est décisif.

L'article 1312 prévoit aussi un cas où le mineur ne doit faire aucune preuve, la loi la mettant à charge de la partie adverse. Nous dirons plus loin quel est le motif de cette disposition. Elle ne contredit pas le principe que nous avons posé, car c'est une application du droit commun en matière de preuve, et c'est le droit commun que nous invoquons (1).

537. Le principe n'est pas douteux. Mais on demande en quoi consiste la preuve de la lésion? La lésion peut résulter du contrat même, en ce sens que les clauses de la convention sont lésionnaires; le mineur achète un cheval pour 2,000 francs; il n'en vaut que 1,000. Tel est le cas ordinaire de lésion quand il s'agit des majeurs. Pour le mineur, il y a une lésion spéciale. Il achète un cheval de luxe, il le paye son véritable prix, il fait même un bon marché, néanmoins il pourra agir en rescision, si c'est un mineur non émancipé et que sa fortune ne lui permette pas de tenir un cheval de luxe. C'est précisément pour mettre les mineurs à l'abri de leur légèreté et de leurs dissipations que la loi les déclare incapables et leur accorde la restitution contre les engagements qu'ils contractent. Si l'on admet que le mineur peut vendre des choses mobilières sans observation d'aucune forme, on

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 256, note 10, § 335. Toulouse, 13 février 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 365, 1°).

peut encore donner comme exemple une vente faite à un bon prix, mais le mineur dissipe le prix; il pourra demander la rescision de la vente. Dans notre opinion, le tuteur et, par conséquent, le mineur ne peuvent vendre sans observer des formes; si donc le mineur vend, l'acte sera nul en la forme, et, par suite, il y aura lieu à l'action en nullité, action plus facile, puisque le mineur n'a rien à prouver sinon le vice de forme, et il ne devra rien restituer, puisque nous supposons qu'il a tout dissipé; et en supposant même qu'il ait profité de la vente, ce sera à l'acheteur de prouver que le prix a tourné au profit du mineur (1).

538. La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé que la question de savoir si le mineur est lésé est subordonnée aux circonstances, à la nature des engagements, à la qualité et aux facultés des mineurs. Dans l'espèce, il s'agissait d'objets de luxe achetés par le mineur; la cour de Bruxelles décida que la rescision ne pouvait pas être prononcée pour cette seule raison que les objets n'étaient pas nécessaires au mineur, si, du reste, ces acquisitions étaient en rapport avec l'état de sa fortune (2).

La cour de Paris a jugé que le mineur qui avait acquitté une obligation naturelle et un devoir filial ne peut demander à être restitué pour cause de lésion (3). Nous admettons la décision quand il s'agit d'un devoir filial. Mais elle est trop absolue si l'on en veut induire que le mineur peut payer valablement toute dette naturelle; ce serait donner aux dettes naturelles un effet plus étendu qu'aux dettes civiles, alors que le législateur ne les reconnaît même point, puisqu'il refuse au créancier le droit d'agir. Il faut donc voir dans l'arrêt de la cour de Paris une décision fondée sur les circonstances de la cause.

539. L'article 1306 dit que le « mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un fait casuel et imprévu. » Il serait plus exact de dire

(1) Mourlon, t. II, p. 796, n° 1510. Aubry et Rau, t. IV, p. 256 et suiv., et note 11, § 335. Colmet de Santerre, t. V, p. 519, n° 271 *bis* II.
(2) Bruxelles, 20 pluviôse an XIII (Dalloz, n° 2907).
(3) Paris, 20 avril 1822 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2906).

que, dans ce cas, il n'y a pas de lésion. En effet, la lésion implique que le mineur éprouve un préjudice par le contrat ou des suites du contrat. Or, quand le préjudice a été causé par un cas fortuit, le mineur n'est pas lésé pour avoir contracté; c'est seulement l'occasion du contrat que le mineur a éprouvé un préjudice. Il est vrai que si le mineur n'avait pas contracté, le cas fortuit ne l'aurait pas frappé; mais il en est ainsi de toute personne majeure ou mineure ; l'homme le plus prudent, le plus soigneux ne saurait échapper aux accidents de la nature, tels que le feu du ciel, une inondation, la guerre et ses désastres. La loi n'entend pas garantir le mineur à l'instar d'une compagnie d'assurance : elle se borne à le restituer contre le contrat qu'il a fait (1).

Nous empruntons un exemple à la jurisprudence. Un mineur fait un contrat de remplacement en temps de guerre, le 16 février 1814, à un prix très-élevé. La paix survient, il demande la rescision de la convention pour cause de lésion. Cette demande a été repoussée, elle devait l'être; le prix qu'il avait payé n'excédait pas le cours qui avait lieu à l'époque du contrat; donc il n'était pas lésé par le contrat; si la pacification fit baisser subitement les prix, c'était là une chance favorable à l'une des parties, défavorable à l'autre, le préjudice qu'elle éprouvait ne résultait pas du contrat, puisque, lors du contrat, on ne pouvait prévoir la fin prochaine de la guerre (2).

540. La loi ne fixe pas le chiffre de la lésion, comme elle le fait en matière de partage et de vente. Est-ce à dire que le moindre préjudice suffise pour que le mineur doive être restitué? Il nous semble que la tradition doit être suivie en cette matière, puisque la restitution est une doctrine traditionnelle. La coutume de Berri (titre II, art. 4) voulait que la lésion fût notable : « Et si les mineurs étaient déçus et circonvenus par leur facilité *notablement*, ils pourront demander la restitution en entier. »

(1) Marcadé, t. IV, p. 670, n° 1 de l'article 1306. Larombière, t. IV, p. 132, n° 2 de l'article 1306 (Éd. B., t. II, p. 461). Colmet de Santerre, t. V, p. 519, n° 271 *bis* I.

(2) Bourges, 8 mars 1815 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2912).

L'article 1305 dit : « La *simple* lésion. » Jaubert, le rapporteur du Tribunat, explique le sens de ce terme qui est un peu vague : « Le mot *lésion* emporte avec lui l'idée d'un dommage un peu remarquable ; c'est au juge à prononcer sur ce point (1). » On conçoit que la loi n'ait pas pu fixer la quotité de la lésion, tout dépendant des circonstances, non-seulement de la nature du contrat, mais aussi de la fortune du mineur et de sa position sociale. Il y a une considération dont les juges ne doivent tenir aucun compte, c'est celle qu'un auteur moderne fait valoir. Il importe aux mineurs, dit M. Larombière, que la lésion, si minime qu'elle soit, ne soit pas suffisante ; car l'incertitude de leurs engagements, le défaut de sécurité, l'imminence des rescisions empêcheraient les tiers de contracter avec eux. On a très-bien répondu que les mineurs étaient des incapables que la loi n'autorise pas à contracter ; ils ont leurs représentants, avec lesquels les tiers doivent traiter pour peu qu'ils soient prudents et de bonne foi ; il ne peut donc pas s'agir de favoriser les contrats que les mineurs font sans le concours de leurs tuteurs, ce serait se mettre en opposition avec la loi en rendant capables ceux que la loi déclare incapables (2).

Les conventions lésionnaires sont assez rares s'il en faut juger par la rareté des monuments de la jurisprudence. Voici un cas qui a été porté devant la cour de cassation. Une demoiselle encore mineure déclare se constituer en dot par son contrat de mariage une somme de 14,000 francs, montant des reprises de sa mère, et dont son père était débiteur envers elle. Le père, de son côté, donnait en dot à sa fille une somme de 6,000 fr., payable au décès du donateur et sans intérêt jusqu'alors. De plus, le grand-père de la future intervint au contrat pour lui faire une donation, à titre de dot, de 22,500 fr. Le père stipulait que les 14,000 francs dont il était débiteur ne seraient payés qu'à sa mort sans porter intérêt

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 437, n° 577. Jaubert, Rapport, n° 61 (Locré, t. VI, p. 219).
(2) Larombière, t. IV, p. 129, n° 16 de l'article 1305 (Ed. B., t. II, p. 458). En sens contraire, Dalloz, au mot *Obligations*, p. 656, n° 2907.

de son vivant. Cette clause fut plus tard attaquée par la fille pour cause de lésion : elle perdait, en effet, les intérêts auxquels elle avait droit. La rescision, admise par le premier juge, fut rejetée en appel par un arrêt très-bien motivé. Il ne faut pas isoler la clause litigieuse des autres clauses du contrat. C'était, dit la cour d'Aix, un pacte de famille qui avait pour objet de laisser au père des moyens de subsistance en le dispensant de payer les intérêts des 14,000 francs qu'il devait à sa fille; le contrat assurait en même temps, par la dot de l'aïeul, des ressources suffisantes aux époux dans le présent et il leur promettait un surcroît de revenus dans l'avenir à la mort de leur père. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet : pour décider qu'il n'y avait pas lésion, dans l'espèce, dit la cour de cassation, la cour d'appel s'était fondée uniquement sur le rapprochement des diverses stipulations du contrat de mariage qu'elle interprète et sur l'appréciation de l'intention des parties. Sous ce double rapport, la décision des juges du fait était souveraine et échappait à la censure de la cour de cassation (1). C'est dire qu'en cette matière les juges du fait décident souverainement, car il s'agit toujours d'interpréter les conventions des parties d'après les circonstances de la cause (2).

541. Ceux qui ont traité avec le mineur peuvent-ils se prévaloir de la lésion pour demander la rescision du contrat? La négative est certaine, bien qu'il n'y ait pas de texte formel qui le décide ainsi. On cite l'article 1125, qui porte : « Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur avec qui elles ont contracté. » Ne peut-on pas répondre que le mineur n'est pas restitué comme mineur, qu'il l'est comme lésé? Mais il y a un principe plus général, dont l'article 1125 n'est qu'une application. Quand la loi prononce la nullité d'un contrat dans l'intérêt exclusif de l'une des parties contractantes, celle-ci seule a le droit d'agir en nullité. Or, telle est bien la nullité pour cause de lésion d'un mineur. Loin

(1) Rejet, 8 août 1859 (Dalloz, 1859, 1, 361).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 257 et note 13, § 335.

que la partie capable puisse l'invoquer, elle est établie contre elle; on suppose qu'elle a abusé de la légèreté du mineur, que celui-ci a été déçu et circonvenu, comme le disait la coutume de Berri. Voilà des motifs péremptoires pour ne pas accorder l'action en rescision au majeur qui traite avec un mineur. Les articles 1305 et 1313 sont conçus dans le même sens : c'est *en faveur* du mineur que la simple lésion donne lieu à la rescision, tandis que les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimées par la loi. Cela est décisif (1).

542. L'action en rescision appartient-elle aux coobligés des mineurs? C'est une des exceptions que la caution ne peut invoquer, parce qu'elles sont personnelles au débiteur principal. Aux termes de l'article 2012, on peut cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé, par exemple en cas de minorité. La caution intervient dans ce cas, précisément pour garantir le créancier contre le danger de la rescision, il est donc impossible qu'elle invoque la rescision contre le créancier. L'article 1208 contient une disposition analogue en matière de solidarité : « Le codébiteur solidaire ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs. » Or, la minorité est une de ces exceptions.

Le principe est incontestable. Il y a toutefois des auteurs qui y font exception quand l'obligation est indivisible. On enseigne notamment que si le mineur a concédé, de concert avec ses copropriétaires, une servitude sur l'immeuble indivis, les majeurs peuvent invoquer la rescision du chef de leur copropriétaire mineur. C'est une erreur que les éditeurs de Zachariæ ont relevée. On fait une fausse application de la maxime qui dit que le mineur relève le majeur dans les choses indivisibles. Cette maxime n'est applicable que lorsqu'il s'agit d'une prescription ou d'une déchéance. Vainement dit-on que la

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 257 et note 14, § 335.

servitude ne peut être constituée pour partie, d'où l'on conclut que l'annulation de la servitude demandée par le mineur doit profiter aux majeurs. Tout ce qui résulte de l'indivisibilité des servitudes, c'est que si l'immeuble sur lequel la servitude a été constituée est mis dans le lot du mineur, cette servitude tombera. Mais si le fonds servant échoit à un majeur, la servitude subsistera, parce que les majeurs n'ont aucun droit d'agir en nullité de leur chef et ils ne peuvent invoquer le droit purement personnel du mineur (1).

543. De ce que l'action en rescision est personnelle au mineur, en ce sens qu'elle n'est introduite qu'en sa faveur, il faut se garder de conclure qu'elle soit intransmissible. C'est un droit pécuniaire qui fait partie du patrimoine du débiteur et qui passe avec le patrimoine à ses héritiers. Le mineur peut la céder. Cela a été jugé ainsi pour l'action en nullité que le mineur a quand l'acte est nul en la forme (2); le principe est le même pour les actes rescindables. Enfin, le droit n'est pas exclusivement attaché à la personne du mineur dans le sens que l'art. 1166 donne à cette expression; d'où suit que les créanciers du mineur lésé peuvent exercer l'action en rescision de son chef; nous l'avons déjà dit ailleurs (t. XVI, n° 420).

544. Le mineur peut renoncer à l'action en rescision quand il est devenu majeur; c'est ce que l'article 1311 appelle la ratification. Nous y reviendrons en traitant de la confirmation des actes nuls ou rescindables.

N° 2. DES EXCEPTIONS.

545. Le mineur peut-il demander la rescision contre un mineur? En principe, l'affirmative n'est point douteuse. L'article 1305 est conçu dans les termes les plus généraux. « La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 257, note 15, § 335, contre Proudhon et Duranton.
(2) Paris, 18 mars 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 334).

conventions », sans distinguer si la partie qui contracte avec le mineur est capable ou incapable. Et il n'y avait pas lieu de distinguer. Si le mineur est lésé par un contrat avec un mineur, pourquoi ne serait-il pas restitué aussi bien que lorsqu'il traite avec un majeur? La qualité de mineur donne le droit de n'être pas lésé, mais elle ne donne pas le droit de léser un autre mineur.

Le principe est admis par tout le monde, mais l'application n'est pas sans difficulté. Si une seule des parties contractantes est lésée, la solution est très-simple; on reste dans le droit commun. Un mineur achète d'un autre mineur un objet mobilier pour 1,000 francs, et la chose ne vaut que 500 francs. Il peut demander la rescision; le vendeur ne peut pas dire qu'il sera lésé par la rescision de la vente; il est vrai qu'il perdra le bénéfice de l'opération, mais la loi n'entend pas garantir aux mineurs les bénéfices injustes qu'ils font aux dépens d'un autre mineur; ce n'est pas là une lésion. Le seul qui soit réellement lésé, c'est l'acheteur; donc il peut se faire restituer, sans que l'autre partie ait le droit de se plaindre.

Mais il peut arriver que la rescision lèse le mineur contre lequel elle est demandée. Un mineur prête 1,000 fr. à un autre mineur qui dissipe cette somme en folles dépenses. L'emprunteur peut demander la rescision de son engagement, soit pour vice de forme, soit pour cause de lésion; en aucun cas il ne devra restituer ce qu'il a reçu, puisqu'on suppose qu'il l'a follement dépensé. Mais si l'emprunt est rescindé ou annulé, sans restitution aucune, le mineur qui a fait le prêt sera lésé, et cette lésion est une conséquence de sa minorité, car c'est à cause de son inexpérience et de sa légèreté qu'il a fait un prêt à un autre mineur. Ainsi le prêteur est restituable aussi bien que l'emprunteur. Comment donc la rescision se fera-t-elle? La situation des deux parties étant égale, on a proposé de répartir la perte entre elles par moitié, de sorte que l'emprunteur qui a dissipé les 1,000 francs devrait néanmoins en restituer 500, et le prêteur n'aurait droit qu'à réclamer la moitié de sa créance. C'est évidemment

une décision d'équité; mais la matière de la restitution n'est-elle pas gouvernée par l'équité plutôt que par le droit strict (1)?

On invoque contre cette décision le texte de l'art. 1312. Le mineur qui se fait restituer ne doit pas rendre ce qu'il a reçu, dit la loi, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il en a profité. Or, nous supposons qu'il a tout dissipé, donc légalement il ne doit rien restituer (2). N'est-ce pas appliquer la disposition de l'article 1312 à un cas pour lequel elle n'a pas été faite? La loi ne prévoit pas le conflit entre deux incapables; ne prévoyant pas la difficulté, on ne peut pas dire qu'elle l'ait décidée. Elle suppose toujours un mineur en conflit avec un majeur; dans ce cas, la décision de l'article 1312 est très-juste; le majeur a à se reprocher d'avoir traité avec un mineur, mais on ne peut pas adresser ce reproche à un mineur : chacun des mineurs étant lésé, chacun doit être restitué. Le code ne dit pas comment se fait cette restitution; dans le silence de la loi, le juge devient un ministre d'équité (t. I, n[os] 256-257).

546. « Le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi-délit » (art. 1310). Bigot-Préameneu explique, dans l'Exposé des motifs, pourquoi le mineur ne peut demander à être restitué quand il a commis un délit ou un quasi-délit. « Ce n'est pas une convention dans laquelle la personne qui aurait traité avec lui aurait eu un profit à son préjudice; elle ne profite point, elle ne fait que recevoir l'indemnité; et quiconque peut se rendre coupable d'une faute doit en subir la peine. » La loi vient au secours du mineur qui a contracté à son préjudice par légèreté et inexpérience; celui qui commet un délit le fait sciemment; s'il a l'intelligence nécessaire pour commettre un tort, il doit aussi le réparer. Le quasi-délit ne suppose pas l'intention de nuire, mais l'ordre public, la sécurité des personnes sont intéressés à ce que les faits dommageables soient répri-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 518, n° 270 *bis* XXIII.
(2) Marcadé, t. IV, p. 672, n° II de l'article 1310. Comparez Larombière, t. IV, p. 163, n° 14 de l'article 1312 (Ed. B., t. II, p. 471).

més et prévenus; le mineur doit subir cette loi comme le majeur.

Il importe peu que le mineur soit l'auteur direct du fait dommageable, ou qu'il en soit le complice; il suffit que le fait puisse lui être imputé pour qu'il en doive répondre. Le père constitue une dot à sa fille en fraude de ses créanciers : il a été jugé que la minorité de la fille n'était pas une cause de restitution, parce qu'il résultait de toutes les circonstances de la cause que la fraude avait été concertée entre le père et le futur époux, et que la fille avait concouru sciemment à une convention qui tendait à frustrer les créanciers du donateur (1).

Quand y a-t-il délit ou quasi-délit? Les articles 1282 et 1283 répondent que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage est un délit ou un quasi-délit; un délit quand il y a intention de nuire, un quasi-délit quand il y a seulement imprudence ou négligence. Un mineur fait le commerce sans y avoir été autorisé; il commande des marchandises sachant qu'il ne pourra les payer, puis il prend la fuite. Il a été jugé que ce fait constitue un délit, et le père a été déclaré responsable en vertu de l'article 1384 (2).

Le mineur indique une fausse cause dans l'engagement qu'il souscrit : peut-il néanmoins en demander la rescision? Il a été jugé par la cour de cassation qu'il n'y avait pas quasi-délit, parce qu'on n'imputait au mineur ni recherche d'un bénéfice illicite, ni intention de fraude ou de tromperie. Il s'agissait d'un mineur qui avait souscrit un billet à ordre en y indiquant comme cause le remplacement militaire; le remplacement n'avait pas eu lieu, le billet avait été négocié et le tiers porteur en demandait le payement. Dans l'espèce, il n'y avait aucune faute à reprocher au mineur, car il avait demandé la restitution de son billet, c'est la compagnie qui était coupable. On pouvait donc dire qu'il n'y avait pas de fait dommageable dans le sens de l'article 1283. La cour de cassation mo-

(1) Riom, 27 mars 1849 (Dalloz, 1849, 1, 194).
(2) Liége, 2 juillet 1864 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 50).



tive mal son arrêt, en se fondant sur ce qu'il n'y avait aucune intention illicite : c'est confondre le délit avec le quasi-délit (1). L'arrêt de la cour est remarquable sous un autre rapport, c'est qu'il admet la restitution au profit des mineurs, même contre les tiers de bonne foi qui ont été trompés par les énonciations inexactes contenues dans l'obligation que le mineur a souscrite. La conséquence est dure pour les tiers, mais elle découle logiquement de la rescision; c'est une annulation et, comme nous le dirons plus loin, l'annulation a effet contre les tiers.

547. « La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution » (art. 1307). Cette disposition se lie à celle de l'article 1310, dont elle est, en partie, une conséquence. La loi entend par *simple* déclaration de majorité une déclaration faite sans intention ni manœuvre frauduleuse. Elle suppose même que cette déclaration a été imposée au mineur par le tiers qui traite avec lui et qui essaye, par ce moyen, de prévenir la rescision. C'est ainsi que l'orateur du gouvernement explique l'article 1307 : « On a voulu proscrire un moyen souvent employé pour mettre obstacle à la restitution des mineurs ; on leur opposait la déclaration de majorité qu'ils avaient faite dans l'acte. La loi présume que cette déclaration, dont la fausseté pouvait facilement être vérifiée sur les registres de l'état civil, a été demandée par le créancier pour exclure l'action en restitution ; et elle ne veut pas qu'une pareille déclaration puisse être opposée. » Il suit de là que la déclaration du mineur ne serait plus une *simple* déclaration, dans le sens de l'article 1307, si elle avait été faite pour tromper. Bigot-Préameneu le dit. « Si le créancier prouvait que le mineur l'a trompé, s'il prouvait, par exemple, que ce mineur a représenté des actes faux, ce ne serait plus cette simple déclaration dont il s'agit dans la loi (2) ». Ainsi tout ce qui résulte de l'article 1307, c'est que la présomption de bonne foi est en faveur du mineur, la déclaration est réputée n'être point

(1) Cassation, 19 février 1856 (Dalloz, 1856, 1, 86).
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 177 (Locré, t. VI, p. 179).

faite dans un but de tromperie; mais si, malgré cette déclaration, le mineur demande la restitution, le défendeur est admis à prouver que la déclaration de majorité a été faite pour le tromper. Il ne serait pas même nécessaire que le mineur eût produit un faux acte de naissance. L'orateur du gouvernement cite ce cas comme exemple, ce n'est pas une condition; il suffit qu'il y ait tromperie pour que le mineur ne puisse pas être restitué: c'est l'application du principe de l'article 1310. Le rapporteur du Tribunat s'explique dans le même sens. Il commence par poser le vrai principe : « La loi ne protége pas la fraude; la bonne foi du tiers est, au contraire, l'objet de toute sa sollicitude. » Puis Jaubert dit que la simple déclaration de majorité est celle que le mineur fait par faiblesse. Si le mineur emploie la fraude pour persuader à l'autre partie qu'il est majeur, il n'est plus restituable. Enfin, il finit par dire : « Notre projet, se bornant à disposer que la *simple déclaration* de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à sa restitution, décide par cela seul qu'il y a obstacle à la restitution *lorsqu'il y a plus que la simple déclaration* de majorité, et laisse aux juges le soin d'appliquer le principe d'après les circonstances (1). » C'est donc au juge à décider : la déclaration a-t-elle été faite sans dessein de tromper, le mineur sera restituable; a-t-elle été faite de mauvaise foi, il ne pourra être restitué.

548. « Le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art » (art. 1308). « Il ne peut pas faire le commerce, dit Bigot-Préameneu, sans avoir la capacité de contracter avec toute garantie les engagements qui en sont la conséquence nécessaire. L'intérêt général du commerce exige que cela soit ainsi. » L'intérêt du mineur est d'accord avec celui des tiers, car s'il pouvait se faire restituer, personne ne traiterait avec lui. La loi prescrit, du reste, des garanties en faveur du

(1) Jaubert, Rapport, n° 63 (Locré, t. VI, p. 220). Comparez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 259, note 22, § 335.

mineur. Pour qu'il puisse être commerçant, il faut d'abord qu'il soit émancipé et qu'il ait dix-huit ans accomplis. De plus, il doit être préalablement autorisé par son père ou par sa mère et, à défaut du père et de la mère, par une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal. L'acte d'autorisation doit être enregistré et affiché au tribunal de commerce. C'est seulement quand ces formalités ont été remplies que le mineur peut faire le commerce et qu'il sera réputé majeur quant aux engagements par lui contractés (code de commerce, art. 2).

La loi place les artisans sur la même ligne que les commerçants. A leur égard, le code de commerce n'est pas applicable quand leur profession ne consiste pas à faire des actes de commerce. Ils peuvent exercer leur art sans autorisation aucune. Mais par le fait seul qu'ils s'établissent comme maîtres et exercent une profession, la loi a dû les présumer capables de contracter les engagements sans lesquels ils ne pourraient se livrer aux travaux de leur art; dans leur intérêt et dans celui des tiers elle a donc dû les déclarer majeurs pour faits de leur profession (1).

549. « Le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage » (art. 1309). Cette disposition n'est pas une exception à la règle qui permet au mineur de demander la rescision de toutes sortes de conventions (art. 1305), car la règle ne s'applique pas dans les cas où la loi prescrit des formes et des conditions pour la garantie du mineur; s'il contractait avec l'autorisation de son tuteur, alors que la loi permet au tuteur d'agir seul, il ne pourrait certes pas demander à être restitué contre les engagements qu'il souscrit; de même qu'il ne pourrait l'être pour les actes qu'il ferait avec l'intervention du tuteur, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, dans les cas où ces formalités sont requises.

(1) Larombière, t. IV, p. 140, nos 1-3 de l'article 1308 (Ed. B., t. II, p. 462).

Par identité de raison, il ne peut être question de restituer le mineur contre ses conventions matrimoniales lorsque les conditions que la loi prescrit dans son intérêt ont été remplies. Il est réputé majeur et, par suite, non restituable. Son intérêt et celui des tiers l'exigeaient; les conventions matrimoniales sont la loi qui unit deux familles, voilà pourquoi elles sont immuables; si elles avaient été sujettes à restitution, le but de la loi aurait été manqué et souvent le mariage serait devenu impossible.

550. Il y a une exception que la loi ne prévoit pas, parce que c'est l'application du droit commun. Les incapables ne peuvent pas se prévaloir de leur incapacité quand ils sont obligés en vertu de la loi. Tels sont les engagements des tuteurs. Le mineur peut être tuteur de ses enfants (art. 442); comme tel, il s'oblige sans être restituable contre ses engagements; c'est la loi qui le répute capable et, par suite, non restituable. On peut assimiler à ce cas le payement qui se fait par voie de compensation : le mineur ne peut pas recevoir un payement, mais quand le payement se fait en vertu de la loi, la capacité n'est plus requise; la compensation a lieu à l'égard des incapables et, par suite, il ne peut s'agir de restituer le mineur.

Tels sont encore les quasi-contrats. Ils se forment sans concours de consentement, en vertu de la loi. Si je gère les affaires d'un mineur, il sera obligé sans pouvoir être restitué. Du reste, la notion même de la gestion d'affaires implique qu'elle ne peut pas léser le mineur; en effet, pour qu'il y ait gestion d'affaires, il faut qu'elle soit utile dans son principe, en ce sens que le gérant fait ce que le maître aurait fait lui-même. Il est donc de l'intérêt du mineur d'être obligé et, par suite, il ne peut s'agir de le restituer. Alors même que le gérant n'aurait pas l'action de gestion d'affaires, il peut toujours agir contre le mineur dans la limite du profit que celui-ci a retiré de la gestion; c'est ce qu'on appelle l'action *de in rem verso*. Elle exclut également par sa nature toute possibilité de lésion (1).

(1) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 259, et note 21, § 335.

N° 3. EFFET DE LA RESCISION.

551. La rescision est une annulation; elle produit, par conséquent, les effets qui résultent de l'annulation; nous les exposerons plus loin.

§ IV. *Des actes annulables.*

552. Les actes sont annulables dans tous les cas où une condition, requise sous peine de nullité pour la validité d'un acte, n'a pas été remplie. Ils donnent lieu à une action que la loi qualifie indifféremment d'action en nullité ou en rescision. Il n'y a de différence entre ces actions que lorsque la rescision est demandée pour cause de lésion. Nous venons d'exposer les principes qui régissent cette dernière action. Quand il s'agit de toute autre cause de nullité, l'acte est annulable ou rescindable : les expressions seules diffèrent, les principes sont identiques. Pour éviter toute confusion, nous appellerons action en nullité celle qui tend à l'annulation de l'acte en vertu d'une cause quelconque, la lésion exceptée.

Que doit prouver celui qui agit en nullité? Il doit prouver que l'acte qu'il attaque est nul; c'est là le fondement de sa demande. Doit-il aussi prouver que le vice qui rend l'acte nul lui cause un préjudice? Non. L'action n'est pas fondée sur la lésion; il pourrait agir en nullité quand même il n'éprouverait aucun préjudice. Est-ce à dire que le mineur peut demander la nullité par cela seul qu'il est mineur? Non, le mineur ne peut jamais attaquer un acte par cela seul qu'il est mineur, il ne peut agir que dans les cas exprimés par la loi, tantôt en nullité, quand l'acte est nul en la forme, tantôt en rescision, quand il est lésé par un acte qui n'est assujetti à aucune forme. Il doit donc toujours prouver, soit la lésion, soit le vice qui rend l'acte nul. C'est le droit commun.

Il suit de là que le défendeur ne peut pas opposer au mineur qui agit en nullité que l'acte ne lui est pas préjudiciable, car le mineur ne fonde pas son action sur le pré-

judice qu'il aurait éprouvé. Le défendeur ne peut pas non plus arrêter l'action en nullité en indemnisant le mineur, toujours par la raison qu'il ne s'agit pas de préjudice. Tout ce que le défendeur peut faire, c'est d'invoquer l'article 1312, quand l'acte sera annulé, pour obliger le mineur à restituer ce dont il a profité.

Il y a un arrêt en sens contraire. Nous le citons pour mettre nos jeunes lecteurs en garde contre l'autorité excessive que l'on voudrait attacher à la jurisprudence; c'est une autorité de raison, et il appartient toujours à la raison de la discuter. Un mineur devenu majeur demande la nullité de la vente faite sans les formalités légales par sa tutrice, pendant sa minorité, de deux maisons, sur le motif que le prix ne lui a pas profité. L'action était mal formée; le demandeur aurait dû la fonder sur l'inobservation de la loi, le juge aurait dû la prononcer, sauf à l'acheteur à invoquer l'article 1312. Le premier juge débouta le demandeur parce qu'il n'avait pas prouvé la lésion. Sur l'appel, la cour décida que la partie contre laquelle le mineur demande l'annulation d'une vente doit justifier que la vente a été faite régulièrement et que le prix en a été employé utilement pour le mineur (1). C'était confondre le droit que l'article 1312 donne au défendeur, après que l'acte a été annulé, avec l'action en nullité. Dire que la preuve doit être faite par le défendeur, c'est dire que le mineur n'a rien à prouver que sa minorité, ce qui est une erreur certaine. Son action se fonde sur l'irrégularité de l'acte; il faut donc qu'il prouve que l'acte est irrégulier, cela est élémentaire. Dès que l'acte est irrégulier, le juge doit l'annuler, quand même le mineur n'en aurait éprouvé aucun préjudice. Le mineur n'est pas même tenu de rembourser le prix qui a été payé en minorité, à moins que l'acheteur ne prouve que ce qui a été payé a tourné au profit du mineur (art. 1312).

553. Quand la nullité est fondée sur l'incapacité, elle est relative; l'article 1125 établit une règle générale qui s'applique à tous les incapables : « Les personnes capables

(1) Amiens, 3 janvier 1822 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 555).

de contracter ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté. » C'est l'application d'un principe général, comme nous l'avons dit en traitant de la lésion). Cela suppose qu'il s'agit d'un acte nul, c'est-à-dire annulable. Si l'acte était inexistant, l'article 1125 ne serait pas applicable. Un acte inexistant, c'est le néant, il ne peut produire aucun effet, pas plus à l'égard des personnes capables qu'à l'égard des personnes incapables. Cela n'est pas douteux dès que l'on admet la distinction entre les actes nuls et les actes inexistants.

Quand l'acte est simplement annulable, le mineur et le mineur seul peut l'attaquer, quel que soit l'acte. Même l'acte le plus favorable et le plus immuable, le contrat de mariage, peut être annulé s'il n'a pas été fait dans la forme légale. Nous reviendrons sur ce point au titre du *Contrat de mariage*. On a prétendu que la vente des immeubles appartenant aux mineurs devait être considérée comme une vente inexistante et que, par suite, l'article 1125 ne recevait pas d'application. La question a été débattue sérieusement devant la cour de Bruxelles. Aux termes de l'article 1598, disait-on, tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation. Or, le code prohibe l'aliénation des biens appartenant aux mineurs, sans l'observation des formes légales. Lors donc qu'un tuteur vend un bien de son pupille sans observer ces formes, il vend une chose dont l'aliénation est prohibée, la vente est radicalement nulle. On invoquait encore l'article 1599, qui déclare que la vente de la chose d'autrui est nulle. Le tuteur, n'étant pas propriétaire des biens de son pupille. et ne pouvant les aliéner qu'avec l'observation des formalités voulues, vend la chose d'autrui quand ces formes ne sont pas observées. L'arrêt répond à cette argumentation. Aucune loi ne déclare inaliénables ni hors du commerce les biens des mineurs, quoique le code défende de les aliéner sans l'observation des formes qu'il prescrit, afin de protéger les mineurs incapables de se garantir, à cause de la faiblesse de leur âge, de la spoliation à laquelle ils

seraient exposés. Il suit de là que la nullité des aliénations, lorsqu'elles ont lieu sans les formalités légales, est établie dans l'intérêt des mineurs et que les majeurs ne peuvent pas s'en prévaloir. L'article 1599 est étranger au débat; en effet, le tuteur ne vend pas les biens de ses pupilles comme lui appartenant, ce qui serait la vente de la chose d'autrui; il les vend au nom des mineurs, et il a toujours le droit d'agir en leur nom, alors même qu'il n'observe pas les formes légales; car il est toujours leur mandataire légal, il les représente dans tous les actes civils (art. 450). Tout ce qui résulte de l'irrégularité de l'acte, c'est que les mineurs en peuvent demander la nullité; mais eux seuls ont ce droit, puisque la nullité n'est établie qu'en leur faveur (1).

Le débat a été renouvelé plus d'une fois, bien que la question ne soit pas douteuse; aussi la jurisprudence est-elle constante (2). Il n'y a pas à distinguer si la vente a été faite par le mineur ou par le tuteur. Quand le mineur vend, on ne peut pas dire qu'il vend la chose d'autrui, mais on ne peut pas le dire non plus du tuteur. On a fait une autre objection. Le tuteur, dit-on, quand il n'observe pas les formes, voulues dépasse les bornes de son mandat, il cesse de représenter son pupille; donc c'est une vente sans droit aucun, elle est inexistante. Nous avons répondu ailleurs à l'objection. Le tuteur ne cesse jamais de représenter le mineur, tout ce que l'on pourrait dire c'est que, dans ce cas, il vend la chose d'autrui, mais cela même n'est pas exact, car il vend au nom du mineur propriétaire. Il faut donc décider que la vente est un acte irrégulier, nul comme tel, mais d'une nullité relative (3). La même question se présente pour la prescription de l'action en nullité; nous y reviendrons plus loin.

554. Le principe de la nullité relative s'applique-t-il au compromis? Il a été jugé que le mineur au nom du-

(1) Bruxelles, 21 mai 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 76).

(2) Bruxelles, 21 novembre 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 94). Gand, 28 juillet 1855 (*ibid.*, 1858, 2, 108).

(3) Rejet, 30 août 1815 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1844); Bruxelles, 21 mai 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 76).

quel un compromis a été passé par son tuteur avec un majeur a seul le droit d'en demander la nullité. La cour de Riom avait jugé en sens contraire; son arrêt a été cassé; sur renvoi, la cour de Lyon s'est prononcée pour l'opinion de la cour de cassation. Nous nous rangeons à cet avis. La cour de Lyon dit très-bien que l'article 1125 est général et comprend, par conséquent, tous les contrats dans lesquels un mineur est intéressé, à moins qu'une disposition particulière n'y déroge. Ainsi la question se réduit à savoir s'il y a un texte qui défende au mineur de compromettre d'une manière absolue, avec cet effet que le compromis soit nul à l'égard de toutes les parties intéressées. On invoque l'article 1003 du code de procédure qui porte : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. » Il est certain que le mineur n'ayant pas la libre disposition de ses droits ne peut pas compromettre. Mais la défense entraîne-t-elle une nullité absolue? Il y a des cas où la défense de compromettre est d'ordre public. On ne peut compromettre, aux termes de l'article 1004 du code de procédure civile, sur des questions d'état; tout le monde est d'accord qu'un compromis sur la séparation de corps, sur la filiation, serait nul à l'égard de toutes les parties contractantes, par l'excellente raison que l'acte est nul à l'égard du majeur aussi bien qu'à l'égard du mineur. Ce même article 1004 dit qu'on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public; telles sont les causes qui intéressent les mineurs. Est-ce à dire que la nullité qui en résulte soit également absolue? Non, car cette formalité ou cette garantie n'a été établie que pour protéger les mineurs; donc la nullité ne peut être invoquée que par eux. Cela est de jurisprudence (1), et la question n'est pas même douteuse, puisque c'est l'application d'un principe général de droit; quand le mineur ne jouit pas de la protection que la loi veut lui assurer, l'acte est nul, à la vérité, mais lui seul en peut demander

(1) Rejet, 25 avril 1833 (Dalloz, au mot *Ministère public*, n° 123)

l'annulation. La conséquence est évidente. Si le tuteur ne peut pas compromettre au nom du mineur, c'est uniquement parce que le mineur ne jouirait pas, devant les arbitres, de la garantie que la loi a voulu lui assurer en ordonnant la communication au ministère public des causes qui les concernent; donc la nullité qui en résulte doit être relative.

Il y a une objection qui, en apparence, est plus sérieuse. Les juridictions, dit-on, sont d'ordre public; il n'appartient pas aux particuliers d'en intervertir ou d'en changer la nature; cela est vrai pour les majeurs comme pour les mineurs; donc la nullité qui en résulte est absolue. La cour de Lyon répond que ce principe n'est pas aussi absolu qu'on le dit. Quand il n'y a pas d'intérêt public en jeu, les parties intéressées sont libres de déroger à l'ordre des juridictions. Ainsi en matière personnelle, elles peuvent indifféremment porter leurs contestations devant le tribunal du défendeur ou devant le tribunal du demandeur; en matière d'arbitrage, elles peuvent investir de simples particuliers du droit de les juger, et substituer une juridiction qu'elles créent à la juridiction du droit commun. Dès que la contestation n'a pas pour objet une question sur laquelle il est interdit de compromettre à raison de l'intérêt public qui y est engagé, le compromis est valable à l'égard du majeur; si le mineur peut l'attaquer, c'est uniquement parce qu'il n'y a pas de ministère public auprès du tribunal des arbitres; or, le défaut de communication au ministère public n'engendre qu'une nullité relative. Cela est décisif (1).

555. La nullité établie à raison de la minorité ne pouvant être invoquée que par le mineur, il en résulte que c'est une de ces exceptions personnelles que la caution ne peut pas invoquer; l'article 2012 le dit formellement. Lors donc que le mineur obtient la rescision de l'obligation qu'il a contractée, la caution sera tenue d'indemniser le créancier; c'est précisément en vue du dan-

(1) Cassation, 24 février 1849 (Dalloz, 1849, 1, 42), et Lyon, 3 juillet 1850 (Dalloz, 1851, 2, 134).

ger de rescision que le créancier a stipulé le cautionnement, et la caution n'a pas le droit de se plaindre, puisqu'elle doit s'attendre à ce que la convention soit rescindée si elle est lésionnaire (1). Il en serait de même du codébiteur solidaire (art. 1216). Il faut ajouter que, sous ce rapport, il n'y a aucune différence entre l'action en rescision et l'action en nullité. Par identité de raison, il a été jugé que celui qui s'est porté fort pour le mineur ne peut se prévaloir de l'incapacité du mineur (2). Toutefois il n'en faudrait pas induire que les créanciers du mineur ne peuvent pas exercer l'action en nullité qui lui appartient. Nous renvoyons à l'explication que nous avons donnée de l'article 1166 (t. XVI, n° 420).

556. L'article 1311, d'après ses termes formels, s'applique à l'action en nullité comme à l'action en rescision. Si le mineur, devenu majeur, confirme l'acte qu'il a souscrit en minorité, il n'est plus recevable à l'attaquer. La prescription de dix ans à laquelle l'article 1304 soumet l'action en nullité est une confirmation tacite ; on peut donc l'opposer au mineur comme fin de non-recevoir, mais la prescription ne commence à courir qu'à partir de la majorité. Il y a une jurisprudence sur ce point, bien que la question soit décidée par le texte du code (3).

557. On peut opposer au mineur une autre fin de non-recevoir qui résulte des principes généraux de droit. Celui qui doit garantir l'exécution d'un acte ne peut en demander la nullité. Lors donc que la partie qui a droit d'agir en nullité devient héritière pure et simple de celui qui est tenu de l'obligation, elle ne peut plus intenter l'action en nullité, car elle ne peut attaquer ce qu'elle est obligée d'exécuter. La cour de cassation a appliqué le principe au cas où un héritier accepte purement et simplement la succession de celui qui était tenu d'exécuter une donation en vertu d'un jugement auquel il avait acquiescé. Dans l'espèce, la donation était nulle en la

(1) Nancy, 11 juillet 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 376, 2°).
(2) Rennes, 19 juillet 1820 (Dalloz, n° 255, 1°).
(3) Rennes, 26 février 1810, et Rejet, 20 novembre 1811 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2986, 1° et 2°).

forme et la nullité était demandée dans le but d'assurer l'effet d'un préciput que la donation attaquée réduisait à néant (1). Il en serait autrement si l'action en nullité avait pour objet de garantir la réserve. Il est de principe que le réservataire, quoique héritier pur et simple, peut attaquer les actes par lesquels son auteur a porté atteinte à la réserve (2).

Ces principes reçoivent souvent leur application en cas de minorité, quand est le mineur l'héritier du tuteur, son père ou sa mère, et que le tuteur a fait un acte irrégulier au nom du pupille. D'ordinaire le tuteur qui intervient comme partie à un acte de vente promet de faire ratifier l'acte irrégulier par ses enfants à leur majorité. Si ceux-ci se portent héritiers purs et simples du tuteur leur père, ils sont obligés de maintenir la vente. Il a été jugé qu'ils ne peuvent pas l'attaquer, quand même ils offriraient d'indemniser l'acheteur; l'acheteur a un droit acquis que les héritiers du vendeur ne peuvent attaquer, il peut les repousser par la maxime que celui qui doit garantir ne peut pas évincer (3).

ARTICLE 3. De la confirmation.

§ Ier. *Notions générales*

558. Le code traite de la confirmation au chapitre de la *Preuve* (art. 1338); c'est un défaut de classification qui implique une confusion d'idées. En général, nous attachons peu d'importance à la classification, le code n'étant pas un manuel. Mais dans la matière de la confirmation, la classification vicieuse conduit à confondre le fait juridique, qui consiste à confirmer un acte nul, avec la preuve de ce fait; le langage même du code est inexact; il appelle *acte confirmatif* le fait juridique de

(1) Rejet, 30 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 1, 118).
(2) Caen, 15 décembre 1849 (Dalloz, 1852, 2, 5), et le tome XII de mes *Principes*, p. 182, n° 137.
(3) Bruxelles, 5 mai 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 255). Rejet, 16 juin 1846 (Dalloz, 1846, 1, 364)

confirmation, ainsi que l'écrit qui constate la confirmation; d'où l'on pourrait induire que la confirmation n'existe ou n'est valable que lorsqu'elle a été constatée par un écrit confirmatif. Ce serait une erreur, que le texte même de la loi condamne, puisqu'il admet la confirmation tacite, ce qui exclut toute idée de solennité. Il faut donc nettement distinguer ce que les auteurs du code ont confondu, la confirmation et la preuve de la confirmation. Pour mieux faire comprendre la différence, nous traiterons ici et du fait juridique de confirmation et de la preuve de ce fait.

559. Confirmer une obligation, c'est renoncer au droit que l'on a d'en demander la nullité à raison du vice dont elle est atteinte. La confirmation a pour but et pour effet d'effacer ce vice, de sorte que l'obligation, quoique nulle dans son principe, est considérée comme n'ayant jamais été viciée. Ce qui fait l'essence de la confirmation, c'est donc la renonciation au droit d'agir en nullité. Mais si toute confirmation implique une renonciation, il va sans dire que toute renonciation n'est pas une confirmation : on peut renoncer à un droit sans que ce droit concerne un vice dont une obligation serait entachée. Telle est la remise de la solidarité ou la remise de la dette. Nous dirons plus loin que la différence, bien qu'élémentaire, a une conséquence pratique qui n'est pas sans importance.

560. Le code donne aussi le nom de *ratification* au fait par lequel on confirme une obligation nulle (article 1338). Cette double locution prête à une confusion nouvelle. Le mot ratification a encore un autre sens, qui est le sens propre. Nous ratifions ce qu'un tiers sans mandat a fait en notre nom ou ce qu'un mandataire fait au delà de son mandat (art. 1998). Cette ratification n'a rien de commun avec la confirmation d'un acte nul. La ratification est un mandat donné après que le fait est accompli; c'est un consentement qui intervient après la consommation de l'acte, tandis que régulièrement il intervient avant que l'acte soit passé. L'acte nul, au contraire, est un acte consenti par les parties intéressées; il

y a une convention, mais elle est viciée, soit parce que le consentement est vicié, soit par toute autre cause. La confirmation a pour objet de réparer ce vice par la renonciation à l'action en nullité; tandis que la ratification ne contient aucune renonciation, c'est un consentement donné par celui qui n'avait pas consenti.

Pourquoi les auteurs du code se servent-ils de deux expressions qui indiquent des idées si différentes pour exprimer l'idée de confirmation? Les deux expressions se trouvent même toujours jointes dans l'article 1338 : « L'acte de confirmation ou ratification. » « A défaut d'acte de confirmation ou ratification. » « La confirmation, ratification ou exécution. » Cette redondance n'est pas dans les habitudes du législateur, elle doit avoir une raison particulière. L'Exposé des motifs nous la fait connaître : Dans l'ancien droit, on distinguait la confirmation et la ratification, quand il s'agissait d'actes nuls que l'on voulait approuver. Cette distinction a paru inutile, dit l'orateur du gouvernement. L'effet est le même, que les parties disent qu'elles confirment ou qu'elles disent qu'elles ratifient : c'est d'emporter la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte confirmé ou ratifié. C'est pour marquer qu'il n'y a aucune différence entre la confirmation et la ratification, en ce qui concerne l'approbation des actes nuls, que le code joint les deux expressions.

Il est donc certain que la ratification de l'article 1338 n'a rien de commun avec la ratification de l'article 1998. L'identité de l'expression pourrait faire croire que la ratification proprement dite, celle de l'article 1998, est régie par les principes que le code établit dans l'article 1338. On a prétendu que l'acte de ratification par lequel nous approuvons ce qui a été fait en notre nom et sans mandat doit être fait dans les formes prescrites par l'article 1338; il suffisait cependant de lire cet article pour se convaincre qu'il était inapplicable à la ratification de l'article 1998 : est-il question de réparer un vice, alors que l'on consent après coup à ce qu'un tiers a fait sans mandat? La confirmation implique une nullité et une

renonciation, tandis que la ratification ne suppose ni nullité ni renonciation. Donc l'article 1338 est étranger à l'article 1998. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

Pour éviter toute confusion, nous emploierons exclusivement le terme de confirmation quand il s'agit de confirmer un acte nul.

561. Le code traite dans le même paragraphe des actes récognitifs et confirmatifs, c'est-à-dire de la reconnaissance et de la confirmation. Il y a cependant une différence notable entre reconnaître une obligation et la confirmer. La reconnaissance concerne exclusivement la preuve de l'obligation; tandis que la confirmation se rapporte à des actes nuls qui peuvent être prouvés, même authentiquement, et qui n'en sont pas moins nuls. Les deux faits diffèrent même en ce qui concerne la preuve : l'acte récognitif n'a rien de commun avec l'acte confirmatif. La confirmation emporte reconnaissance quand elle est constatée par écrit, la loi le dit, puisqu'elle veut que l'écrit confirmatif contienne la substance de l'acte, lequel se trouve par là reconnu. Mais la reconnaissance ne vaut pas confirmation : celui qui reconnaît une obligation avoue seulement qu'elle existe, il ne dit pas que l'obligation est valable, il ne renonce donc pas au droit qu'il a d'en demander la nullité (2).

562. Il y a quelque analogie entre la confirmation et la novation. Celui qui confirme renonce à se prévaloir des causes de nullité qui entachent l'obligation. La novation est aussi une renonciation et elle peut avoir pour effet de confirmer une obligation viciée. Celui qui nove une obligation annulable contre une obligation valable, renonce à se prévaloir de la cause de nullité qui rendait la première dette nulle: en ce sens il la confirme. Toutefois la confirmation n'est pas le but direct de la nova-

(1) Duranton, t. XIII, p. 279, n°s 264 et suiv. Larombière, t. IV, p. 589, n° 3 de l'article 1338 (Ed. B., t. III, p. 119). Cassation, 26 décembre 1815 (rapporté par Duranton). Rejet, chambre civile, 8 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 143).

(2) Riom, 10 janvier 1857 (Dalloz, 1858, 2, 6). Aubry et Rau, t. IV, p. 261, note 2, § 337).

tion; celui qui nove veut éteindre une dette en lui substituant une dette nouvelle. De là suit que la novation n'est pas assujettie aux règles de la confirmation établies par l'article 1338. L'effet aussi diffère : la novation crée une obligation nouvelle, tandis que la confirmation valide l'obligation primitive en effaçant le vice qui la rendait annulable (1).

563. La confirmation est-elle un acte unilatéral, pour la validité duquel il suffit du consentement de la partie qui renonce à attaquer l'acte, ou faut-il le concours de consentement de toutes les parties contractantes? Le consentement de la partie qui confirme suffit. Quand le consentement des deux parties est-il nécessaire? Lorsqu'il s'agit de former un contrat ou de le dissoudre. Or, la confirmation n'est ni un contrat nouveau, ni la dissolution de l'ancien. L'obligation confirmée subsiste telle qu'elle avait été contractée; il est donc inutile que la partie qui n'avait pas le droit d'agir en nullité consente à la confirmation. Si la nullité était absolue, il va de soi que chacune des parties ayant le droit d'agir, chacune devrait renoncer à son droit pour que l'obligation devînt pleinement valable; en ce sens, il faudrait concours de consentement. Mais supposons que la convention soit nulle pour cause d'incapacité de l'une des parties ou pour vice de consentement, la partie qui est capable, et dont le consentement n'est pas vicié n'aurait pas besoin de consentir; elle était obligée et elle reste obligée. Celui dont le consentement était vicié ou qui était incapable est aussi obligé; mais il pouvait demander la nullité de son obligation; s'il renonce à ce droit, l'obligation devient valable à son égard; par suite rien ne manque plus à sa validité. Le texte de l'article 1338 confirme cette interprétation. Il énumère soigneusement les conditions requises pour la validité de l'acte confirmatif et aucune de ces conditions ne suppose le consentement de la partie qui ne confirme pas. Il y a plus : la loi met la confirmation tacite sur la même ligne que la confirmation expresse ; or,

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 261, note 3, § 337.

la confirmation tacite qui consiste dans l'exécution de la convention ne suppose pas nécessairement le concours de toutes les parties; donc ce consentement n'est pas une condition essentielle.

On peut objecter ce que nous avons dit de la remise : c'est aussi une renonciation, et cependant l'opinion générale est que le consentement du créancier ne suffit point ; il faut aussi le consentement du débiteur. Nous avons répondu d'avance à l'objection. La remise est une des causes d'extinction des obligations; or, pour les dissoudre comme pour les former, il faut le consentement de toutes les parties contractantes, tandis que la confirmation laisse subsister l'obligation primitive. Vainement dit-on que la renonciation profitera, dans notre opinion, à la partie qui y est restée étrangère : il en est ainsi de toute renonciation unilatérale.

La jurisprudence et la doctrine sont d'accord, sauf le dissentiment de Zachariæ, dont l'opinion est restée isolée (1).

§ II. *Quelles obligations peuvent être confirmées.*

N° 1. PRINCIPE.

564. L'article 1338 pose le principe : on peut confirmer les obligations « contre lesquelles la loi admet l'action en nullité ou en rescision. » Il faut donc que l'obligation soit nulle, c'est-à-dire annulable, ce qui suppose une obligation qui a une existence légale, mais qui est viciée. C'est ce vice qui donne le droit d'en demander la nullité, et c'est à ce droit que renonce celui qui veut confirmer l'obligation : la confirmation efface le vice et rend l'obligation valable, comme si elle n'avait jamais été viciée. De là suit que les obligations inexistantes ne sont pas susceptibles d'être confirmées; elles ne donnent pas

(1) Toullier, t IV, 2, p. 458, n° 508. Merlin, *Questions de droit*, au mot *Mineur*, § 3. Duvergier, Consultation, dans Dalloz, *Recueil périodique*, 1848, 1, 17 (note). Aubry et Rau, t. IV, p. 269, note 32, § 337. Lyon, 21 décembre 1840 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 978).



lieu à une action en nullité, car on ne demande pas la nullité du néant (nº 531); donc le texte de l'article 1338 n'est pas applicable. On ne conçoit d'ailleurs pas plus la confirmation d'une obligation inexistante que la demande en nullité de ce qui n'existe pas aux yeux de la loi. La confirmation a pour objet d'effacer le vice de l'obligation; cela suppose une obligation qui peut produire un effet, mais qui, à raison du vice dont elle est atteinte, peut être annulée et cesser de produire un effet. Or, une obligation inexistante ne peut produire aucun effet, ce sont les termes de l'article 1131; elle n'est pas entachée d'un vice qui puisse disparaître par une confirmation, c'est le néant et on ne confirme pas le néant; il n'y a pas de puissance humaine qui soit capable de donner la vie à un non-être; on a beau confirmer le néant, il reste néant. La confirmation est la renonciation à l'action en nullité qui résulte du vice dont une obligation est infectée. Or, l'obligation inexistante ne donne pas lieu à une action en nullité; dès lors la renonciation est impossible et par suite la confirmation.

565. Le principe que la confirmation ne s'applique qu'aux actes nuls, mais qui ont une existence légale, est donc fondé sur le texte et sur l'esprit de la loi. Il a été nettement formulé par le Tribunat. Le projet de code civil, tel qu'il fut adopté par le conseil d'État et communiqué au Tribunat, portait que la confirmation s'appliquait aux actes *radicalement nuls*. Cela semblait dire que les actes inexistants pouvaient être confirmés ; en effet, les auteurs se servent parfois de l'expression *radicalement nul* pour marquer un acte qui n'a pas d'existence légale. La section de législation du Tribunat fit la remarque que ces mots, qui n'ont pas un sens bien précis, seraient par cela même une source d'arbitraire et d'incertitude. « Il faut, dit-elle, une disposition conçue de manière que la ligne de démarcation soit bien clairement tracée entre les *nullités irréparables* et celles qu'*on peut réparer*. » C'est ce que nous appelons actes inexistants et actes nuls. Le Tribunat donne des exemples pour faire comprendre la distinction qu'il veut établir. Il y avait dans le projet de code civil

une disposition qui déclarait que les engagements contractés par les impubères n'étaient obligatoires en aucun cas, ni pour aucune des parties; on les considérait comme inexistants par défaut de consentement. Il en résultait donc une nullité absolue et irréparable. Un tel acte est considéré par la loi *comme n'ayant jamais existé*, non-seulement par rapport à l'impubère, mais aussi par rapport à la personne qui a contracté avec lui, quoique celle-ci fût capable de s'obliger. Voilà un de ces engagements dont la nullité est irréparable et qui ne peuvent jamais être validés. Le Tribunat range dans la même classe les engagements contractés pour cause illicite : le caractère de réprobation dont ils sont marqués ne peut pas être effacé.

Il n'en est pas de même, continue le Tribunat, des engagements contractés par le mineur, l'interdit ou la femme mariée. Ces actes ne sont pas nuls de plein droit. Ils ne peuvent être annulés que lorsqu'ils sont attaqués par ceux dans l'intérêt desquels la loi les a déclarés nuls. Si, loin de les attaquer, ils les confirment, la nullité est couverte, au point que les actes confirmés sont considérés comme ayant été faits valablement dès leur origine et comme n'ayant jamais cessé d'être valables. Le Tribunat ajoute que le même principe s'applique aux obligations viciées par l'erreur, la violence ou le dol.

Le Tribunat proposa, en conséquence, la rédaction suivante : « Les engagements contractés par les impubères ou pour cause illicite ne peuvent être confirmés ni ratifiés. A l'égard de tous autres actes qui pourraient être frappés de quelqu'une des nullités prononcées par la loi, la confirmation de ces actes emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pourrait faire valoir contre eux ». Cette rédaction laissait à désirer, elle était trop restrictive en ce qui concerne les actes inexistants dont la nullité est irréparable; on aurait pu en conclure que les obligations ne sont inexistantes que dans les deux cas prévus par la disposition : les engagements contractés par des impubères et ceux dont la cause est illicite. Le conseil d'État adopta la modification proposée par le Tribu-

nat, mais en la rédigeant autrement. Il retrancha l'expression du projet : *acte radicalement nul*, et la remplaça par les mots qui se trouvent dans notre article 1338 : *obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision*. Cette rédaction limite la confirmation aux actes nuls; elle exclut la confirmation des actes inexistants (1).

566. C'est en ce sens que les orateurs du Tribunat ont expliqué l'article 1338. Nous allons entendre Jaubert, le rapporteur de la section de législation : il est probable que c'est sur sa proposition que la section proposa de changer la rédaction du projet qui lui était soumis. Jaubert établit nettement la distinction traditionnelle entre les actes faussement qualifiés de contrats qui ne produisent jamais d'action, et les contrats qui ont contenu une obligation et, par conséquent, le principe d'une action, laquelle action peut être seulement repoussée par une exception. C'est la distinction entre les actes inexistants et les actes nuls. Nous avons cité ailleurs les développements que le rapporteur du Tribunat donne de cette distinction (t. XV, n° 462). Il conclut, dans son premier rapport, que l'action en nullité ne s'applique qu'aux cas où la convention peut produire une action, c'est-à-dire aux actes que nous appelons nuls; elle ne reçoit pas d'application aux actes inexistants, parce que celui qui a souscrit un pareil engagement n'a pas besoin de recourir à la justice pour se faire dégager; il peut toujours répondre, s'il est poursuivi, qu'il n'y a pas d'obligation. Cela décide la question de la confirmation; l'article 1338 disant que la confirmation suppose une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, il en résulte que l'on ne peut confirmer les obligations qui, n'ayant pas d'existence aux yeux de la loi, ne donnent pas lieu à une action en nullité. C'est ce que Jaubert établit très-bien dans son second rapport. « On ne peut confirmer que ce qui a réellement existé, quoique manquant de force par quelque vice. De là il résulte qu'on ne peut, en aucune

(1) Observations du Tribunat, n° 73 (Locré, t. VI, p. 130).

manière, confirmer de prétendues conventions dont la loi n'a jamais reconnu l'existence; que, dans tous les autres cas, la confirmation peut avoir lieu. » Jaubert en conclut que les conventions sans objet ou sans cause licite ne peuvent être confirmées, tandis que les actes contre lesquels la loi n'admet que la voie de la nullité, tels que les engagements des incapables, peuvent être confirmés (1).

Mouricault, l'orateur du Tribunat, s'explique dans le même sens. « La confirmation, dit-il, ne peut jamais valider les conventions dont la loi ne reconnaît pas l'existence et qui, en conséquence, ne lient personne : telles sont (ainsi qu'il est aisé de le conclure des diverses dispositions combinées du projet) les conventions qui ont pour objet une chose hors du commerce, celles qui n'ont point de cause, ou qui n'en ont qu'une fausse, ou qui n'en ont qu'une illicite. Quant aux actes qu'on a seulement la faculté d'attaquer par voie de nullité ou de rescision, ils peuvent être confirmés (2).

567. L'interprétation que nous donnons à l'article 1338, d'après les travaux préparatoires, est aujourd'hui généralement admise par la doctrine (3). Toutefois, comme l'opinion contraire, enseignée par Toullier et Merlin, est consacrée par la jurisprudence des cours de Belgique, il nous faut combattre tous les arguments que l'on peut nous opposer.

Merlin avait soutenu, en s'appuyant sur le rapport de Jaubert, que l'on ne peut pas confirmer de prétendues conventions dont la loi ne reconnaît pas l'existence. Toullier critiqua cette opinion avec une vivacité extrême. La proposition de Jaubert, dit-il, nous paraît manifestement erronée. Qu'entend-on par une convention qui n'existe pas aux yeux de la loi? Celle sans doute dont la nullité est telle, qu'elle n'a besoin d'être proposée ni par voie d'action ni par voie d'exception; en un mot, une conven-

(1) Jaubert, 1er rapport, n° 60 (Locré, t. VI, p. 218); 2e rapport, n° 24, p. 231.
(2) Mouricault, Discours, n° 52 (Locré, t. VI, p. 256).
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 262, note 6, § 337, et les auteurs qui y sont cités.

tion qui n'existe pas. Toullier cite comme exemple la vente faite par un tiers au nom du propriétaire mais sans mandat. Il est évident que cette convention n'existe pas aux yeux de la loi, cependant il est certain qu'elle peut être ratifiée; l'article 1998 le dit. « Qu'on dise après cela tant qu'on voudra que les contrats qui n'existent pas aux yeux de la loi ne sont pas susceptibles de la confirmation et de la ratification qui sont l'objet de l'article 1338, qu'importe cela, puisqu'ils sont réellement susceptibles d'être ratifiés, puisqu'ils peuvent l'être même tacitement, suivant l'article 1998 (1)? »

Toullier, qui critique l'opinion du Tribunat avec une dureté qui ne lui est pas habituelle, verse lui-même dans une erreur complète. Il confond la *ratification* équivalant au mandat avec la *confirmation* d'un acte nul, tandis qu'il n'y a rien de commun entre ces deux faits juridiques. Les tribuns donnaient plus d'un exemple d'un acte inexistant non susceptible d'être confirmé; pourquoi Toullier n'a-t-il pas pris l'exemple d'une convention manquant d'objet, d'une obligation sans cause, ou sur une cause illicite? Est-ce qu'il y a lieu de ratifier ces obligations en vertu de l'article 1998? La question n'a pas de sens. Il ne peut pas s'agir de *ratifier* par un consentement donné après coup un acte auquel on a consenti. Mais si cet acte est vicié, il s'agit de savoir si l'on peut effacer le vice qui le rend nul, en le confirmant; il fallait donc prouver contre les tribuns que l'on peut effacer un vice là où il n'y a pas de vice, et renoncer à une action en nullité là où il n'y a pas d'action en nullité. Nous attendons encore cette démonstration, et nous l'attendrons toujours.

Merlin était donc dans le vrai quand il disait qu'un contrat qui n'existe pas aux yeux de la loi n'est pas susceptible de confirmation. Cependant, chose singulière, la vive critique de Toullier le fit changer d'avis; après avoir dit dans son réquisitoire que la proposition formulée par Jaubert et Mouricault est *évidente*, il déclare que ce prétendu principe n'est qu'une assertion purement gratuite,

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 465, n° 518.

qu'une erreur créée par l'imagination des deux tribuns, qu'il regrette d'avoir reproduite sans examen et sur leur seule parole (1). Non, ce n'est pas une *erreur créée par l'imagination de deux tribuns*. Jaubert parle comme rapporteur de la section de législation : cette section recevait communication du projet arrêté par le conseil d'Etat; après discussion au sein de la section, des conférences avaient lieu entre les deux sections de législation du Tribunat et du conseil d'Etat; c'est ce qui arriva pour l'article 1338, dont le Tribunat proposa de changer la rédaction. Merlin oublie entièrement les travaux préparatoires, et avec une incroyable légèreté il reproche à deux tribuns d'avoir imaginé un principe qui était l'œuvre de la section de législation, principe qui fut admis par le conseil d'Etat et qui fut formulé dans la nouvelle rédaction de l'article 1338, Il y a donc, non une imagination de deux tribuns, mais décision formelle par un changement de rédaction. Toullier et Merlin ne se sont pas doutés qu'ils critiquaient si amèrement deux corps constitués, le Tribunat et le conseil d'Etat, les seuls corps délibérants qui, d'après la constitution de l'Empire, eussent une part active dans la discussion des projets de lois. Et ceux qui disent aujourd'hui que la distinction des actes nuls et des actes inexistants est une doctrine imaginée par des théoriciens et sans racine dans nos lois, ne se doutent pas davantage que cette théorie a été écrite de la main des auteurs du code dans le texte de l'article 1338. Cela est décisif, et c'est pour cela que nous y avons insisté.

568. Ce qui est vrai, c'est que les auteurs du code n'ont pas formulé le principe avec toutes ses conséquences, De là des incertitudes et des hésitations inévitables dans l'application. Avant d'exposer l'état de la jurisprudence, nous devons faire une remarque qui touche au principe. Les actes inexistants ne peuvent être confirmés; l'article 1339 le dit, en appliquant le principe aux donations nulles en la forme; il ajoute que le donateur n'a qu'un

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Ratification*, § V, n° 3 (t. XII, p. 288). Comparez *Répertoire*, au mot *Ratification*, n° IX (t. XXVII, p. 96).

moyen de réparer la nullité, c'est de refaire la donation en la forme légale. Ce que la loi dit de la donation, il faut le dire de toutes les conventions inexistantes. Les parties sont libres de faire une convention nouvelle, bien entendu si aucune disposition de la loi ne s'y oppose. Si le débiteur a consenti alors qu'il était privé de l'usage de la raison, il n'y a pas de consentement, et sans consentement il n'y a pas de contrat. Mais s'il recouvre l'usage de sa raison, rien ne l'empêche de consentir cette même convention qui ne pouvait avoir aucun effet, puisqu'elle n'existait point. La nouvelle convention n'est pas une confirmation. Grande est la différence entre la confirmation et la convention que souscrit celui qui avait fait un contrat inexistant. Si le donateur pouvait confirmer une donation nulle en la forme, il suffirait d'un écrit sous seing privé émané de lui seul pour valider la donation; il suffirait même d'une déclaration orale, d'un aveu fait en justice, l'exécution de la libéralité serait suffisante; tandis que la loi exige que la donation soit refaite en la forme légale si le donateur veut qu'elle ait effet, c'est-à-dire qu'il faut un nouvel acte, une nouvelle acceptation, donc un concours de volontés manifesté dans la forme authentique. Il en serait de même pour tout acte inexistant, à la solennité près. Les parties qui veulent maintenir l'acte doivent faire une convention nouvelle. La confirmation, au contraire, étant une simple renonciation, est par cela même un acte unilatéral (1).

N° 2. APPLICATION DU PRINCIPE.

I. *Des obligations naturelles.*

569. Les obligations naturelles peuvent-elles être confirmées? Nous avons déjà répondu ailleurs à la question (t. XVII, n° 31); comme elle est controversée, nous y revenons pour établir solidement, en cette matière si difficile, ce que nous croyons être les vrais principes. Marcadé

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 583, n° 309 *bis* I.

dit que les obligations naturelles peuvent être confirmées. Que cette opinion soit soutenue par les auteurs qui enseignent, comme Toullier, que l'on peut confirmer une obligation inexistante, cela se comprend; mais Marcadé reproche assez durement au commentateur de Toullier de méconnaître une distinction que la science moderne a définitivement établie; puis, oubliant sa théorie, il professe que la confirmation d'une obligation naturelle est valable, quoique celle-ci ne soit pas reconnue par la loi, qui lui refuse toute action. Lui-même avoue que, rigoureusement parlant, le mot de *confirmation* n'est pas exact dans ce cas. En effet, la confirmation est la validation d'une obligation vicieuse, mais civilement existante, tandis que la confirmation de l'obligation naturelle a pour effet de donner l'existence civile à l'engagement auquel la loi l'avait refusée (1). Donc la prétendue confirmation est, en réalité, une nouvelle obligation. Partant il faut appliquer ce que nous venons de dire : le débiteur qui confirme une obligation naturelle ne renonce pas à une action en nullité qui n'existe point, il crée une obligation, il faut donc le concours du créancier. Ce que Marcadé appelle une confirmation est, à vrai dire, une novation. Mais autre chose est la novation et autre chose la confirmation; celle-ci est un acte unilatéral, tandis que la novation exige le consentement du débiteur et du créancier. A notre avis, la novation d'une obligation naturelle ne se comprend pas plus que la confirmation d'une dette pareille; nous en avons déjà fait la remarque (n° 245). Celui qui nove éteint une dette à laquelle il substitue une dette nouvelle; or, comment éteindre une dette qui n'a pas d'existence civile?

II. *Des obligations sans consentement.*

570. La cour de cassation a décidé, sur le réquisitoire de Merlin, qu'une convention est inexistante quand l'acte qui la constate n'est pas signé de toutes les parties et que, par suite, cette convention ne peut être confirmée, l'ar-

(1) Marcadé, t. V, p. 97, n° II de l'article 1338. Toullier, t. III, 2, p. 253, n° 391).

ticle 1338 n'étant relatif qu'aux obligations contre lesquelles la loi admet l'action en nullité, et non aux actes nuls par défaut de consentement et faussement qualifiés de contrats. Nous admettons le principe, c'est celui du Tribunat, et nous croyons avoir prouvé qu'il est écrit dans l'article 1338. Mais nous nions le point de départ de la cour de cassation. Il n'est pas exact de dire qu'une obligation soit inexistante par cela seul que l'acte n'est pas signé. Nous reviendrons sur la question. Toujours est-il que la cour suprême a formellement consacré notre doctrine. Il n'y a pas de contrat sans consentement; et là où il n'y a pas de contrat, il n'y a rien à confirmer, puisque le néant ne se confirme point (1).

571. Les conventions dans lesquelles il n'intervient aucun consentement sont très-rares; il est si évident qu'il ne peut pas y avoir de contrat sans consentement, que les parties intéressées ne peuvent pas songer à en demander l'exécution. Voici une espèce dans laquelle il y a eu consentement, mais le consentement n'étant pas simultané, aucune convention n'a pu en résulter. L'un des époux fait le partage de la communauté avant sa dissolution : l'époux survivant le confirme; la confirmation est-elle valable? Non, parce que le partage est inexistant; il ne peut être question de partager la communauté tant qu'elle existe; la cour de cassation le démontre. Quant à la femme, ce serait une acceptation de la communauté; or, elle ne peut accepter ni répudier qu'à la dissolution. Le mari ne le peut, la loi lui permet seulement de disposer de sa part dans la communauté telle qu'elle sera liquidée après sa mort; il ne lui appartient pas de son vivant d'opérer la liquidation de biens qui doivent rester indivis jusqu'à son décès ou celui de la femme, et de composer éventuellement son propre lot. Si la loi autorise les père et mère à partager leurs biens entre leurs descendants, par acte entre-vifs, cette faculté est nécessairement restreinte aux biens dont ils ont la libre disposition. Le partage fait par

(1) Rejet, 27 août 1812, et le Réquisitoire de Merlin (*Répertoire*, au mot *Ratification*, n° IX (t. XXVII, p. 96 99).

le mari est donc nul, pour mieux dire, inexistant; la femme ou ses héritiers y auraient dû concourir, et ils y auraient consenti que leur consentement eût été inefficace comme portant sur des biens qu'il ne leur est pas permis de partager. Vainement la femme consentit-elle en confirmant le partage, il ne saurait y avoir de convention que par le concours simultané des volontés des parties contractantes; et ce concours, dans l'espèce, était impossible, le mari étant prédécédé, son consentement, nul d'ailleurs, n'a pu concourir avec celui de la femme, qui a consenti alors que l'autre partie ne pouvait plus consentir (1).

II. *Des obligations sans cause ou sur une cause illicite.*

572. L'orateur du Tribunat range parmi les obligations qui ne peuvent être confirmées, parce qu'elles sont inexistantes, les obligations sans cause ou sur cause illicite. Il ne peut guère y avoir de doute sur ce point, une fois que l'on admet le principe; l'article 1131 est un des rares articles du code qui consacrent d'une manière formelle la théorie des actes inexistants. Il porte : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite *ne peut avoir aucun effet.* » Comment confirmerait-on une obligation sans cause alors que le défaut de cause implique, dans les contrats à titre onéreux, que l'obligation est sans objet? la confirmation lui donnera-t-elle un objet qu'elle n'a point? Supposons que la chose vendue eût péri lors de la vente (art. 1602). J'aurai beau confirmer cette vente, elle restera toujours sans objet. Vainement l'acheteur l'exécuterait-il en payant le prix, il payera ce qu'il ne doit pas, et il pourra répéter. Que s'il paye avec l'intention de faire une libéralité, cette libéralité sera sans doute valable, mais elle le sera, non par la confirmation, mais comme don manuel. Cela est si vrai, que le payement partiel ne pourra être invoqué par le vendeur comme une exécution volontaire qui confirme la

(1) Cassation, 13 novembre 1849 (Dalloz, 1849, 1, 311).

vente, aux termes de l'article 1338; l'acheteur prétendu lui répondrait qu'il est libre de donner ce qu'il veut et, qu'ayant donné 5,000 francs, il n'est pas obligé d'en donner encore 5,000 (1).

Au point de vue de notre théorie, cela paraît évident. Cependant il y a controverse. M. Larombière admet le principe, il en conteste l'application au défaut de cause et à la fausse cause. La cause même de la confirmation, dit-il, supplée la cause de l'acte auquel elle s'applique. C'est dire que la confirmation donne une cause à l'obligation; elle donnerait donc quelque chose de nouveau, ce qui est contraire à l'essence de la confirmation, laquelle n'est qu'une simple renonciation à l'action en nullité; or, la renonciation, comme nous venons de le dire, laisse toujours l'obligation sans cause. D'ailleurs la renonciation serait sans objet : l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet, dit l'article 1131; elle ne donne donc pas lieu à une action en nullité, dès lors la confirmation ne se conçoit pas. Chose singulière; après avoir dit que les obligations sans cause peuvent se confirmer, Larombière dit, plus loin, que l'obligation sans cause est inexistante et que, par suite, elle n'est pas susceptible de confirmation. Mais, ajoute-t-il, il y aura confirmation si l'intention de celui qui confirme est de suppléer une cause véritable qui valide l'obligation (2). L'auteur ne s'aperçoit pas que cette prétendue confirmation serait une convention nouvelle, laquelle exigerait un nouveau concours de volontés et n'existerait qu'à partir du moment où les parties intéressées auraient consenti, tandis que la confirmation efface le vice de l'obligation et la valide dès son principe.

Toullier dit que tout ce que l'on pourrait conclure de là c'est que la confirmation d'une obligation sans cause n'a point d'effet rétroactif, qu'elle ne tire sa force que de l'acte de confirmation et du jour seulement de sa date. Cet aveu témoigne contre l'auteur et sa doctrine, car c'est avouer

(1) Duranton, t, XII, p. 678, n° 559.
(2) Larombière, t. IV, p. 594, n° 8 de l'article 1338, et p. 617, n° 25) (Ed. B., t. III, p. 121).

que la prétendue confirmation n'est pas une confirmation, que c'est un nouveau contrat. Toullier insiste et dit que notre théorie, qui est celle du Tribunat et celle de l'article 1338, est aussi contraire à la raison qu'aux dispositions du code. Que veut la loi pour qu'il y ait confirmation? Que l'acte soit nul et donne lieu à une action en nullité. Et dira-t-on qu'une nullité radicale ne donne pas lieu à l'action en nullité? Comment donc le débiteur s'y prendra-t-il pour faire rejeter une obligation sans cause, pour faire dire qu'elle n'a aucun effet, si ce n'est en intentant une action en nullité (1)? Nous avons d'avance répondu à l'objection. Celui qui agit en nullité demande que le tribunal prononce la nullité de l'acte, et l'acte ne sera nul qu'à partir du jugement, jusque-là il produira tous ses effets. Or, quand l'obligation est sans cause, il est impossible de demander que le juge l'annule et que l'acte cesse de produire des effets, car l'obligation n'a jamais eu d'effet, le code déclarant qu'elle ne peut en avoir aucun. Donc une action en nullité ne se conçoit pas. On demande comment le débiteur agira? Nous répondons qu'il n'a pas besoin d'agir, qu'il peut toujours et à toute époque répondre à l'action que le créancier formerait contre lui, qu'il n'y a pas d'obligation et que la créance ne peut produire aucun effet. Que s'il veut prendre l'initiative, il demandera que le tribunal déclare que l'acte litigieux est sans cause et sans existence légale et, par suite, cet acte sera sans effet aucun, non à partir du jugement ou de la demande, mais à partir du jour où la convention inexistante sera intervenue.

573. Il est vrai que, dans la pratique, le demandeur conclut à ce que la convention sans cause soit déclarée nulle et de nul effet. Cela s'est fait ainsi dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Bordeaux, et la cour aussi s'est servie des mots *nuls* et *nullité*, parce que la loi n'en a pas d'autres. Toutefois la cour a bien jugé en décidant qu'un contrat sans cause est vicié d'une nullité radicale qui ne peut être couverte par l'exécution, c'est-à-dire

(1) Toullier, t. III, 2, p. 114, n° 180.

par la confirmation, parce qu'il n'y a pas d'exécution possible d'un contrat qui n'existe pas (1).

La cour de Bruxelles a jugé dans le même sens. Il s'agissait de savoir si l'Etat pouvait être preneur d'un bien qui lui appartient. Ce serait un contrat sans cause, dit la cour. En effet, la cause consiste dans le motif juridique qui porte les parties à contracter. Or, pourquoi le preneur s'engage-t-il à payer le loyer? Pour obtenir la jouissance de la chose. S'il a droit à cette jouissance comme propriétaire, son engagement, comme locataire, n'a plus de cause. Et l'article 1131 dispose que l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet. La cour en conclut que les obligations sans cause ne peuvent être validées ni par une confirmation expresse, ni par l'exécution volontaire, ni, par conséquent, par la prescription de dix ans. L'arrêt cite les rapports de Jaubert et de Mouricault, et décide que le bail litigieux était nul de plein droit, d'après l'expression de l'article 1117; que cette nullité n'avait pu être couverte par la prescription de dix ans, et qu'elle pouvait être opposée nonobstant toute confirmation (2). C'est la consécration formelle de notre théorie.

574. Il en est de même des obligations sur une cause illicite. Cela n'est pas douteux, si l'on admet la doctrine que nous venons d'exposer. L'article 1131 met sur la même ligne l'obligation sur une cause illicite et l'obligation sans cause; elles ne peuvent avoir aucun effet, dit la loi. Donc la question est identique, et là où il y a même motif de décider, il doit y avoir même décision. Il est cependant bon d'insister, parce que la théorie de la cause est obscure et la doctrine de l'inexistence des obligations est toujours incertaine. Cette obscurité et cette incertitude disparaissent quand il s'agit de la cause illicite. L'article 1133 la définit : « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. » Nous laissons de côté, pour le moment, ce qu'il y a de vague dans cette

(1) Bordeaux, 24 décembre 1844 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1690).
(2) Bruxelles, 14 février 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 165).

disposition, pour nous en tenir à ce qui est d'évidence. La cause de l'obligation est immorale : conçoit-on que cette obligation soit confirmée? Peut-on réparer un vice qui est irréparable? Il est inutile de répondre, le cri de la conscience dit qu'il ne saurait y avoir de confirmation d'une obligation qui n'a d'autre raison d'être qu'un outrage aux bonnes mœurs. Ce qui est si évident pour les conventions immorales ne l'est pas moins pour celles qui sont contraires à l'ordre public. Conçoit-on que le législateur permette de confirmer ce qui blesse l'intérêt de la société? Comment la loi donnerait-elle sa sanction à une obligation qu'elle prohibe dans un intérêt social? Il y a là un vice qui ne saurait être réparé.

La jurisprudence est en ce sens. Aux termes de l'article 1965, la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu. Le législateur, qui favorise le travail, base de l'ordre économique et moral, doit flétrir le jeu, qui détourne du travail et porte à dépenser follement ce qui a été gagné sans peine. On peut dire sans exagération que l'existence de la société est en cause quand il s'agit de réprimer des conventions qui donnent l'habitude de l'oisiveté et de la dissipation. Ces graves considérations décident la question que nous débattons ici. Peut-il y avoir une confirmation d'une obligation que la loi réprouve, comme ruinant les bases de l'ordre social? Il a été jugé que les engagements contractés pour marchés fictifs ou jeux de bourse sont nuls et que la nullité ne peut être couverte par la confirmation : ce qui est contraire à l'ordre public, dit la cour d'Angers, ne peut être confirmé (1).

La loi du 4 août 1789 a aboli la vénalité des offices. Il suffit de se rappeler la date célèbre du 4 août pour se convaincre qu'il s'agit d'un de ces abus du vieux régime féodal et monarchique que la Révolution a détruits dans une nuit glorieuse. En France, la loi du 28 avril 1816 a accordé aux titulaires de certains offices le droit de présenter des successeurs qui doivent être agréés par le gouvernement; le droit de présentation est donc soumis

(1) Angers, 24 août 1865 (Dalloz, 1866, 2, 211).

au contrôle de l'autorité publique, c'est dire qu'en droit les offices restent hors du commerce; le principe est d'ordre public. La jurisprudence en a conclu que les traités secrets intervenus entre un officier public et celui qu'il présente comme son successeur ne peuvent pas augmenter le prix auquel l'office est cédé par la convention publique soumise au gouvernement. Cette nullité étant d'ordre public ne peut être couverte par aucune confirmation ni exécution volontaire. Il a été jugé que les créances résultant de pareilles conventions ne sont susceptibles ni de subrogation ni de transport. Il a été jugé que les parties contractantes ne peuvent pas invoquer les règles ordinaires des contrats pour valider ce qui est contraire à l'ordre public; l'approbation donnée par le gouvernement ne peut être invoquée pour légitimer ce qui ne saurait être légitime. Nous n'entrons pas dans le détail de ces débats, parce que la législation française nous est étrangère; il faut féliciter la cour de cassation de France de la rigueur qu'elle met à maintenir les principes qui sont le fondement de notre ordre social (1).

IV. *Du pacte successoire.*

575. Nous avons dit ailleurs que le code civil prohibe les pactes successoires comme contraires aux bonnes mœurs (t. XVI, n° 83). Cela semble décider la question de la confirmation. D'après l'article 1130, on ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte; ces conventions reposent sur une cause illicite, donc aux termes de l'article 1131, elles ne peuvent avoir aucun effet et, par suite, elles ne sauraient être confirmées. La doctrine et la jurisprudence sont presque unanimes à admettre le principe qui défend de confirmer les obligations sur cause illicite. Comment se fait-il qu'il y a controverse pour les pactes successoires? Il y a de cela une raison de fait que peut-être les interprètes ne s'avouent point et

(1) Cassation, 10 mai 1854 (Dalloz, 1854, 1, 217). Rejet, 13 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 431). Comparez les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4472.



qui influe cependant sur leur manière de voir. Nous en avons déjà fait la remarque : les pactes successoires n'ont pas dans nos mœurs le caractère odieux qui les a fait réprouver par les jurisconsultes romains et, à leur suite, par Pothier; de là une tendance vers une application indulgente de la prohibition. Il faut nous tenir en garde contre ce laisser-aller ; il n'appartient pas à l'interprète de corriger les lois, il doit les accepter, sévères ou non ; si la justice a un bandeau sur les yeux, il en doit être de même du jurisconsulte, qui est aussi l'organe de la justice. Le code prohibe les pactes successoires avec plus de sévérité que ne l'avait fait l'ancien droit; la sévérité peut paraître excessive, mais peu importe, il faut interpréter la loi telle que les auteurs du code l'ont faite.

Il y a un cas dans lequel la question n'est pas douteuse. Si la confirmation du pacte successoire se fait du vivant de celui dont la succession est vendue, la confirmation est viciée par la même cause que le pacte successoire et un vice ne peut effacer l'autre, il y a plutôt aggravation du vice dans cette obstination que les parties contractantes mettent à violer la loi ; sur ce point, tout le monde est d'accord.

La difficulté est donc celle-ci. On suppose que la confirmation intervient après l'ouverture de l'hérédité qui a fait l'objet du pacte successoire. Quand la succession est ouverte, les héritiers peuvent faire telles conventions qu'ils jugent convenables ; pourquoi ne pourraient-ils pas confirmer une convention antérieure? Tel est le seul motif de douter, il ne nous paraît pas sérieux. Autre chose est une convention nouvelle que les héritiers font sur une succession ouverte, autre est la confirmation qu'ils font d'un pacte successoire. Confirmer, ce n'est pas contracter, c'est renoncer au droit que l'on a d'agir en nullité; cette renonciation est un acte unilatéral, celui qui confirme intervient seul dans l'acte de confirmation, tandis que la convention qui intervient entre héritiers exige le concours de volontés de toutes les parties intéressées. Les effets de la confirmation diffèrent aussi des effets que produit la convention entre héritiers. Il est de principe

que la confirmation rétroagit, cela est de son essence; en effet, il n'y a pas de nouvelle convention en vertu de la confirmation, c'est donc l'ancienne obligation qui subsiste et qui lie les parties contractantes à dater du moment où elle a été contractée; elle subsiste, purgée du vice qui l'entachait. Voilà en deux mots la confirmation. La question de savoir si l'on peut confirmer un pacte sur une succession future, après que la succession est ouverte, se réduit donc à ceci : le pacte successoire peut-il subsister à partir du moment où il a été conclu, purgé du vice qui le rendait nul? Il nous semble que poser la question, c'est la résoudre. Quoi! la loi réprouve ce pacte, parce qu'il est immoral, elle déclare qu'il ne peut avoir aucun effet. Et voilà les parties qui prétendent lui donner effet, malgré la prohibition de la loi! La raison est blessée par une pareille interprétation, autant que la loi. Si le pacte successoire peut être confirmé, il en résultera qu'il y aura eu une convention sur une succession future du vivant de celui dont l'hérédité fait l'objet du pacte. Cela est impossible, parce que cela ne se conçoit pas.

On objecte que l'ordre public n'est plus intéressé à ce que le pacte successoire soit annulé, une fois que la succession est ouverte et que les héritiers déclarent confirmer la convention. Dans la réalité des choses, dit-on, il ne s'agit plus que d'intérêts privés et dès que l'ordre public est hors de cause, rien ne s'oppose à la confirmation. Est-il bien vrai que l'ordre public soit hors de cause? La cour d'Aix va répondre à l'objection, et nous croyons que la réponse est péremptoire. Elle commence par établir que les pactes successoires violent une prohibition d'ordre public; de là suit qu'ils ne peuvent jamais acquérir l'*existence* que la loi leur refuse; nuls dans le principe, ils ne peuvent devenir valables ni par un acte confirmatif ni par le trait du temps. Le décès de la personne sur la succession de laquelle on a traité reste sans influence sur le sort de la convention antérieure dont le vice originaire garde toujours cette nature qui s'oppose à ce qu'il puisse être couvert. Sans doute, les parties peuvent renouveler leur convention dans les termes de l'acte primi-

tif; mais elles ne peuvent le faire par une confirmation. Cette confirmation serait une nouvelle insulte à la loi, et les lois doivent être, non-seulement obéies, mais encore respectées. Il faut donc bien se garder de confondre une nouvelle convention avec la confirmation. L'acte nouveau rend hommage à la loi, car il suppose l'inexistence du premier acte, c'est parce que ce premier acte n'existait pas qu'on le refait, comme le dit l'article 1339. La confirmation, au contraire, se rattache à l'acte primitif qu'elle a pour objet de maintenir dès le moment où il a été passé; au mépris de la loi, elle prétend valider, déjà du vivant du défunt, une convention que la loi réprouve. Est-ce là respecter la loi? Et sans le respect à la loi, y a-t-il une société possible (1)?

576. La jurisprudence française est, en général, conforme à cette doctrine. Les arrêts de la cour de cassation sont surtout très-remarquables, parce qu'ils consacrent formellement la théorie des actes inexistants. On lit dans ces arrêts que la convention sur une succession future *n'existe point*, et ne peut, par conséquent, être validée ni par un acte confirmatif, ni par l'exécution, ni par la prescription de dix ans (2). Le pacte successoire n'existe pas, dit un autre arrêt, en ce sens qu'il n'a pas d'existence aux yeux de la loi, et il est réputé n'avoir pas été souscrit (3).

On cite des arrêts qui auraient décidé que la confirmation peut se faire après la mort de celui dont la succession a fait l'objet du pacte successoire. Ce serait une étrange inconséquence, car tous les arrêts qui rejettent la confirmation ont été rendus dans des espèces où la confirmation était postérieure au décès. Quand on examine de près les décisions que l'on invoque, on voit qu'il

(1) Aix, 2 juin 1840 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 621, 6°). C'est l'opinion générale. Voyez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 271, note 4, § 339, et le Réquisitoire de l'avocat général De Paepe (*Belgique judiciaire*, 1873, p. 137).

(2) Cassation, 8 novembre 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2866, 3°). Rejet, 14 novembre 1843 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1684, 6°).

(3) Rejet, chambre civile, sur les conclusions de Delangle, 11 novembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 25). Comparez les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2866, et au mot *Succession*, n° 621.

s'agissait, non de la confirmation, mais de conventions nouvelles intervenues après l'ouverture de la succession, ce qui est très-valable; peu importe même que les parties qualifient ces actes de confirmation; dans le langage vulgaire, c'est confirmer un acte que de le renouveler. Mais cette prétendue confirmation n'est pas celle de l'article 1338, car ce n'est pas une simple renonciation à l'action en nullité, acte purement unilatéral, c'est un pacte de famille où tous les héritiers interviennent, et qui n'est valable que par le concours de leurs volontés (1).

Nous ajoutons que la jurisprudence s'est prononcée également en ce sens dans les pays étrangers qui sont encore régis par les lois françaises, la Prusse rhénane et le Grand-Duché de Luxembourg (2).

577. Il y a quelques décisions en sens contraire rendues par des cours d'appel (3). Nous pouvons les négliger, puisque la jurisprudence de la cour de cassation est constante. Mais il faut nous arrêter sur la jurisprudence des cours de Belgique qui s'est prononcée pour l'opinion contraire. Notre cour de cassation a décidé que la prescription de dix ans est applicable à l'action en nullité qui résulte du pacte successoire (4); c'est décider, au fond, que le pacte successoire peut être confirmé, car la prescription de l'article 1304 est une confirmation tacite, comme nous le dirons plus loin; il y a toutefois des arguments spéciaux tenant à la rédaction de l'article 1304; nous les négligerons pour le moment pour nous en tenir à ceux qui concernent la confirmation en général.

La cour de cassation de France dit que le pacte successoire n'existe point et que les actes inexistants ne peuvent pas être confirmés. C'est le principe fondamental de notre théorie. La cour de cassation de Belgique combat ce principe, en invoquant l'article 502. Aux termes de cet arti-

(1) Rejet, 11 août 1825 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 618); Grenoble, 25 mars 1831 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1013).

(2) Cologne, 26 octobre 1852 (*Journal du Palais*, jurisprudence belge, 1853, p. 126). Luxembourg, 22 février 1844 (*Belgique judiciaire*, 1845, p. 11).

(3) Voyez Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2867, et au mot *Succession*, n° 622.

(4) Rejet, 12 juillet 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 336).

cle, tous actes passés par l'interdit postérieurement à l'interdiction sont nuls *de droit*. Voilà, dit-on, un acte que la loi déclare inexistant; cependant il donne lieu à une action en nullité (art. 1304), il peut être confirmé par la prescription de dix ans, donc aussi par un acte confirmatif. On en conclut que le texte même du code est en opposition avec notre théorie. Nous n'hésitons pas à répondre que l'argument repose sur une erreur. La cour a confondu l'expression *nuls de droit* avec l'expression *nuls de plein droit*. Les actes passés par l'interdit sont nuls *de droit*, ils ne sont pas nuls de *plein droit*. Nous l'avons prouvé ailleurs, il est inutile d'y insister, car tout le monde est d'accord sur ce point. C'est parce que les actes de l'interdit sont simplement annulables, qu'ils sont soumis à la prescription de dix ans et que la nullité peut être couverte par la confirmation. L'argument que la cour de cassation puise dans l'article 502 se retourne donc contre elle.

L'arrêt invoque la distinction que l'on faisait dans l'ancien droit entre la *ratification* et la *confirmation*; l'une rétroagissait, l'autre ne rétroagissait pas. Et si la confirmation ne rétroagit point, rien n'empêche de confirmer le pacte successoire après l'ouverture de la succession; ce qui ruine encore, dit-on, notre système dans sa base, parce que nous appliquons à la confirmation ce qui n'est vrai que de la ratification. Cette partie de l'arrêt est obscure. Qu'est-ce que la cour entend par ratification? Est-ce la ratification de l'article 1998? Celle-là est hors de cause, dès le principe nous l'avons écartée; et afin de prévenir toute confusion nous évitons de qualifier de *ratification* l'acte par lequel on confirme un acte nul. La cour entend-elle parler de la ratification qui est synonyme de la confirmation, d'après l'article 1338? Dans ce cas encore, elle a tort; car s'il y avait une différence, dans l'ancien droit, entre la confirmation et la ratification, elle a disparu dans le droit moderne; l'orateur du gouvernement l'a dit, et le texte de l'article 1338 le prouve. Enfin, la cour veut-elle dire que la confirmation ne rétroagit pas? Ce serait encore une erreur que la tradition et la doctrine condamnent. Dumoulin déjà disait que la con-

firmation ne crée pas une obligation nouvelle, ce qui est d'évidence, puisque c'est une simple renonciation à l'action en nullité; cette renonciation purge le vice qui entachait l'obligation et qui la rendait nulle; l'effet de la confirmation est donc que l'obligation est censée n'avoir pas été viciée. Donc il est de l'essence de la confirmation de rétroagir, et c'est pour cela que le législateur a cru nécessaire de dire qu'elle ne préjudicie pas aux droits des tiers (art. 1338), disposition qui n'aurait pas de sens si la confirmation ne rétroagissait point. Il est donc certain que la confirmation du pacte successoire rétroagit, que, par suite, ce pacte est considéré comme n'ayant jamais été nul. Nous disons, avec la cour d'Aix, que c'est là une doctrine subversive du droit et de la morale.

Enfin, la cour dit que rien n'empêche que le pacte successoire soit validé, après l'ouverture de la succession, comme disposition nouvelle. Sans doute, mais grande est la différence entre une disposition nouvelle et la confirmation. La confirmation est un acte unilatéral (n°575), qui est valable par le seul consentement de celui qui confirme; tandis que la disposition nouvelle est une convention qui exige pour sa validité le concours de toutes les parties intéressées. De plus, la confirmation rétroagit au jour où le pacte successoire a été formé, ce qui est juridiquement et moralement impossible quand il s'agit d'un pacte illicite; la disposition nouvelle n'a d'effet que du jour où les parties consentent à maintenir les arrangements qu'elles avaient eu le tort de prendre du vivant du défunt; ce qui est très-licite.

La cour de Gand a jugé récemment dans le même sens sur les conclusions contraires de l'avocat général M. De Paepe (1). Il nous est difficile de combattre l'arrêt, car il n'est pas motivé; il se borne à poser en principe que le pacte successoire peut être confirmé après l'ouverture de l'hérédité. C'est précisément ce qu'il fallait prouver; or, on ne prouve pas en affirmant. L'excellent réquisitoire

(1) Gand, 14 décembre 1872 (*Belgique judiciaire*, 1873, p. 151, et le réquisitoire. La *Pasicrisie* ne reproduit pas le réquisitoire.

du ministère public avait réfuté d'avance la proposition avancée par la cour; elle aurait dû y répondre. Les autres cours de Belgique se sont prononcées dans le même sens (1). Il y a en faveur de notre opinion deux jugements rendus par le tribunal de Gand (2). Nous croyons que le tribunal est dans le vrai, et nous espérons que les cours reviendront de leur jurisprudence, qui est en contradiction ouverte avec la doctrine des mêmes cours sur les obligations sans cause (n° 574).

V. *Des vices de forme dans les contrats non solennels.*

578. La jurisprudence française considère comme non existantes les obligations constatées par des actes non signés par l'un des obligés et, en conséquence, elle décide que ces obligations ne peuvent être confirmées (3). Formulée dans ces termes absolus, la doctrine est une erreur évidente. Les principes sont très-simples et ils ne peuvent pas être contestés. Il s'agit de contrats non solennels; l'écrit qui les constate ne sert que de preuve; lors donc que l'écrit est nul, tout ce qui en résulte, c'est qu'il n'y a pas de preuve littérale. Un acte est nul comme authentique; s'il n'est pas signé des parties, il n'y a ni acte authentique ni acte sous seing privé (art. 1318), donc pas de preuve littérale. Il en est de même si un écrit sous seing privé n'est pas signé; un écrit non signé n'est pas un acte, donc il n'y a pas de preuve littérale. Est-ce à dire qu'il n'y a pas de convention? Dire qu'il n'y a pas de convention parce qu'il n'y a pas d'acte, c'est une hérésie, car c'est confondre le fait juridique de la convention avec l'écrit qui sert à prouver la convention ; l'acte peut être nul et la convention peut être valable. Tout ce qui résulte de la nullité de l'acte, c'est que les parties ne pourront pas prouver la convention par une preuve littérale; mais

(1) Liége, 23 mai 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 315). Bruxelles, 9 août 1854 (*ibid.*, 1854, 2, 366).
(2) Voyez *Belgique judiciaire*, t. V, p. 56-63.
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 262, note 8, § 337

elles pourront invoquer les autres preuves légales et, comme dernière ressource, elles ont le serment décisoire. Cela est élémentaire.

Comment donc la jurisprudence a-t-elle pu établir en principe qu'un acte non signé prouve que la convention n'existe pas et, par suite, qu'elle ne peut être confirmée? Constatons d'abord que la jurisprudence ne dit point qu'un acte nul en la forme rend la convention inexistante, elle dit seulement qu'un acte qui n'est pas signé prouve qu'il n'y avait pas de convention. Cela est encore trop absolu. Tout ce que l'on peut dire, c'est que le défaut de signature est parfois un indice de la non-existence du contrat, mais le contrat peut aussi exister et être parfaitement valable, bien que l'acte n'ait pas été signé. Tout dépend du motif pour lequel les parties n'ont pas signé. D'ordinaire l'acte est rédigé au moment où les parties traitent; si l'une d'elles refuse de signer, ce refus est aussi un refus de traiter. Dans ce cas, il est certain qu'il n'y a pas de convention; elle n'a jamais été formée, il ne peut donc s'agir de la confirmer. Mais si la convention n'existe point, ce n'est pas parce que l'écrit n'est pas signé, c'est parce que les parties ont refusé de consentir, c'est un projet de convention qui n'a pas abouti. Reste à savoir si le défaut de signature tient nécessairement et toujours à un refus de traiter. Il serait plus exact de dire que c'est l'exception. En effet, dans quelles circonstances la question se produit-elle devant les tribunaux? Il y a des faits d'exécution; on prétend que ces faits sont inopérants, parce que la convention n'existe pas, et pour prouver qu'elle n'existe point, on allègue l'écrit qui n'est pas signé. Mais si le défaut de signature impliquait le refus de traiter, conçoit-on qu'il y aurait eu des faits d'exécution? Exécute-t-on un projet de convention, alors qu'il y a refus de traiter? Non, certes, le défaut de signature dans un acte authentique vient d'ordinaire de ce que les parties ne savent ou ne peuvent signer; dans ce cas, il est certain que l'on ne peut pas considérer le contrat comme inexistant parce qu'il n'est pas signé. Le défaut de signature peut encore venir de ce que les parties ont oublié de signer, une né-

gligence ne témoigne pas contre l'existence de la convention. Quand les parties dressent un acte sous seing privé et que cet acte n'est pas signé, dans ce cas encore on ne peut pas dire qu'il y ait eu nécessairement refus de traiter; ce peut être oubli et même ignorance : le cas s'est présenté.

Ainsi, par lui-même le défaut de signature ne prouve rien contre l'existence de la convention. Il faut voir pourquoi les parties n'ont pas signé. Supposons que ce soit par négligence, tout ce qui en résultera, c'est qu'il n'y aura pas de preuve littérale; mais le fait que la partie n'a pas signé par oubli témoigne que la convention était formée et que l'écrit irrégulier était destiné à la constater. Naît alors la question de savoir comment on prouvera la convention; c'est une difficulté de fait; en droit, il n'y a pas de doute, on applique le droit commun. Supposons que la convention soit prouvée. On peut contester sa validité, c'est seulement dans ce cas qu'il peut s'élever un débat sur la confirmation (1).

579. La question de la confirmation des conventions constatées par des actes non signés soulève encore une autre difficulté. Peut-on confirmer l'acte nul en la forme? Le rapporteur du Tribunat répond affirmativement. Après avoir établi que les conventions nulles, c'est-à-dire annulables, peuvent seules être confirmées, Jaubert ajoute : « Ce que nous venons de dire se rapporte non-seulement aux vices intrinsèques des actes, mais encore aux vices extrinsèques, ceux qui résultent de l'inobservation des formes. Les nullités de forme peuvent se couvrir par la confirmation (2). » Cela peut paraître douteux; nous y reviendrons. Pour le moment, il est question des actes qui ne peuvent pas être confirmés, parce qu'ils n'existent pas. Ne doit-on pas dire des écrits non signés qu'ils n'ont aucune existence? Cela nous paraît certain des actes sous seing privé. Chose remarquable, le code ne dit pas que ces actes doivent être signés. Cependant la doctrine admet

(1) Larombière, t. IV, p. 598, nos 12 et 13 de l'article 1338 (Ed. B., t. III, p. 123). Aubry et Rau, t. IV, p. 262, note 8, § 337.
(2) Jaubert, Rapport, no 125 (Locré, t. VI, p. 232)

que la signature est une condition essentielle. Pourquoi? Parce que sans signature on ne conçoit pas d'acte; l'acte n'existe donc que lorsqu'il est signé; partant un acte non signé n'existe pas, c'est une écriture, ce n'est pas un acte. En résulte-t-il une action en nullité? Non, on ne demande pas la nullité d'un acte qui n'est pas un acte. Partant il ne peut pas y avoir de confirmation d'un écrit non signé. D'ailleurs la confirmation n'aurait pas d'objet. Celui qui veut confirmer l'écrit entend confirmer l'obligation que cet écrit constate, sinon la confirmation n'aurait pas de sens; qu'importe que l'écrit soit valable, alors que l'obligation est nulle? Que s'il confirme l'obligation, il est inutile de confirmer l'écrit, car la confirmation de l'obligation servira de preuve. Cela est certain de la confirmation qui est constatée par un acte : celui qui confirme doit y mentionner la substance de l'obligation, donc il la reconnaît, cet aveu écrit forme preuve complète (art. 1356). S'il exécute l'acte, l'exécution est la preuve la plus certaine de l'existence de la convention.

580. Nous arrivons à la jurisprudence sur la question que nous venons d'examiner en théorie. Elle est incertaine et confuse. Nous commençons par les arrêts qui rejettent la confirmation des obligations constatées par un acte non signé.

La cour de cassation a décidé, sur les conclusions de Merlin, que l'article 1338 n'est relatif qu'aux obligations contre lesquelles la loi admet l'action en nullité, et non aux actes nuls par défaut de convention, et faussement qualifiés de contrats. Dans l'espèce, il s'agissait d'un contrat de vente moyennant une rente viagère. L'acte authentique était signé par la venderesse et par l'un des acquéreurs; quant à l'autre, la femme, le notaire déclara qu'elle ne savait pas signer. Il se trouva que l'acte était nul comme authentique, et il ne pouvait valoir comme acte sous seing privé, parce qu'il n'était pas signé de toutes les parties. La cour en conclut que « le défaut d'engagement de l'une des parties mettait obstacle à la perfection du contrat. » C'était confondre le contrat avec l'acte qui le constate. Y avait-il refus de signer? Non, certes, puisque

la femme avait déclaré ne savoir signer. Il n'y avait donc pas refus de traiter. L'engagement existait, mais la preuve littérale de la convention faisait défaut. Merlin, et la cour à sa suite, en induisent cette fausse conséquence que la convention ne s'étant pas formée ne pouvait être confirmée. Ce qui achève la confusion, et nous sommes réellement confus d'en faire la remarque, c'est que Merlin rétracta l'opinion qu'il avait émise, dans l'espèce, sur la foi des orateurs du Tribunat, à savoir que les contrats inexistants ne peuvent être confirmés. A notre avis, cette proposition est une vérité aussi évidente que la lumière du jour. Merlin, qui rétracta la vérité, maintint l'erreur qu'il avait professée devant la cour et qui l'égara; erreur palpable, puisqu'elle confond la convention avec l'écrit qui est dressé uniquement pour la prouver (1). Toullier met le cachet à cette incroyable confusion; il critique vivement la doctrine des tribuns adoptée par Merlin et consacrée par la cour de cassation, et il ne dit rien de l'erreur certaine professée par Merlin et suivie par la cour; il critique donc la vérité et il approuve implicitement l'erreur (2)!

Vingt-quatre ans plus tard, la cour de cassation a rendu un arrêt tout aussi inexact au fond sur la même question. Il s'agissait d'un acte de partage qui n'était pas signé par toutes les parties. La cour commence par dire que le partage n'existe qu'en vertu d'un acte écrit. C'est faire du partage un acte solennel; nous avons combattu ailleurs cette opinion, qui est à peu près abandonnée. Puis la cour dit qu'en fait le prétendu partage était un simple projet. Sur quoi se fonde-t-elle pour le décider ainsi? L'acte n'était pas signé. Pourquoi tous les copartageants n'avaient-ils pas signé? C'était là le nœud de la question; la cour le tranche, mais ne le résout pas. Cependant la cour d'appel avait constaté, en fait, que ceux des copartageants qui n'avaient pas signé l'acte avaient acquiescé au partage. La cour de cassation ne tient aucun compte de cette confirmation, parce que, dit-elle, on ne confirme

(1) Rejet, 27 août 1812 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Ratification*, n° IX, et Dalloz, n° 3619).
(2) Toullier, t. IV, 2, p. 465, n° 518. Voyez, plus haut, n° 567.

pas un partage qui n'existe pas; principe très-vrai, mais dont la cour fait une très-fausse application. Il s'agissait précisément de savoir si le partage était inexistant par la seule raison que l'acte n'était pas signé. Cela est vrai quand il y a refus de traiter; or, ce refus de traiter n'était pas établi; loin de là, l'acquiescement prouvait que les parties qui n'avaient pas signé étaient d'accord. N'étaient-elles pas d'accord? Il fallait le prouver (1).

581. La jurisprudence des cours d'appel est tout aussi confuse. Une succession est partagée entre la mère et ses enfants. La mère ne signe pas. Etait-ce refus de consentir? Non, la mère n'avait pas signé, parce qu'elle était illettrée. Après sa mort, le partage fut attaqué. Etait-il inexistant? Ne pouvait-il être confirmé? Il y avait eu des faits d'exécution, ce qui prouvait bien que le partage existait. Néanmoins la cour décida qu'une obligation qui n'existe pas ne peut être confirmée. Toujours la même confusion. La mère n'avait-elle réellement pas consenti? Dans ce cas certainement le partage était inexistant. Il fallait donc prouver qu'elle n'avait pas consenti. Et cette preuve ne résultait pas du défaut de signature, puisque la mère ne savait pas signer (2).

Même décision et même confusion de la cour de Bourges. Un bail n'était signé que par le bailleur. Il est impossible, dit l'arrêt, de reconnaître dans l'acte produit aucune *force obligatoire*, puisque devant constater une convention synallagmatique, il n'est signé que du bailleur et ne contient pas alors entre les parties *le lien de droit* qui fait l'*essence du contrat*. Ici la confusion est complète. Est-ce que la *force obligatoire* des conventions découle de l'écrit qui les constate? est-ce l'écrit qui forme le *lien de droit?* Que seraient donc alors les conventions verbales? Il n'y aurait ni lien de droit, ni force obligatoire! La conclusion que la cour tire de ces étranges prémisses contient le même mélange d'erreur et de vérité que nous avons signalé dans les arrêts de la cour

(1) Cassation, 6 juillet 1836 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2301).
(2) Besançon, 13 mars 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1495, 2°).

de cassation. « Une obligation qui n'existe pas ne peut être confirmée. » Non, évidemment. La cour ajoute : « Il est bien évident que de l'*acte* en forme de bail il ne *résulte* aucune *obligation.* » Est-ce que les obligations *résultent* de l'*acte?* ou résultent-elles de la convention? « Sous prétexte de confirmation, on *créerait* un *titre* obligatoire. » Est-ce que la confirmation efface les vices de l'*écrit,* du *titre*, ou efface-t-elle les vices de la *convention?* Y avait-il contrat de bail? Dans ce cas, il n'y avait rien à confirmer. N'y avait-il pas de convention, alors la confirmation était impossible. Les faits de la cause semblaient prouver l'existence d'une convention; il fallait donc prouver qu'elle n'existait pas (1).

Un concordat est consenti par les créanciers sous la condition que la femme du failli payera le dividende de 10 pour cent stipulé par la convention. La femme ne signa pas. Avait-elle consenti? Pourquoi n'avait-elle pas signé? On n'en sait rien, l'arrêt ne le dit pas. C'était cependant là le point essentiel. La cour dit que le contrat était un simple projet, donc non obligatoire pour les enfants et non susceptible d'être confirmé. Sans doute, s'il n'y avait qu'un simple projet. Mais conçoit-on qu'un simple projet soit exécuté par les enfants? Les enfants soutinrent plus tard que les actes d'exécution ne les liaient pas, parce qu'on n'exécute pas un acte qui n'a jamais existé et partant on ne le confirme pas. On voit ici à quoi aboutit la non-existence des conventions, par suite du défaut de signature. C'est une arme pour la mauvaise foi; on répudie son propre fait pour se dégager d'une convention onéreuse. Y a-t-il une preuve plus certaine de l'existence du contrat que l'exécution avouée? Qu'importe alors qu'il y ait un acte ou qu'il n'y en ait pas? Qu'importe qu'il soit signé ou qu'il ne le soit pas (2)?

582. Il y a des arrêts qui consacrent la distinction entre la convention et l'acte qui la constate. Le contrat, dit la cour de Grenoble, consiste dans le consentement

(1) Bourges, 24 février 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3830, 1°).
(2) Toulouse, 18 janvier 1828 (Dalloz, au mot *Tierce opposition*, n° 30).

réciproque donné par les parties; l'acte qu'elles rédigent n'en est que la preuve. Lors donc que l'acte est nul, parce qu'il n'est pas signé des parties, celui qui prétend que la convention existait néanmoins est admis à en faire la preuve. Peut-il invoquer les actes d'exécution pour prouver l'existence de la convention? L'affirmative est certaine; l'exécution n'est-elle pas la preuve la plus évidente de la convention? Exécute-t-on le néant? L'exécution est invoquée dans ce cas, non comme confirmation, mais comme preuve de l'existence du contrat. Quand l'exécution est avouée, tout est décidé. Quand elle ne l'est pas, il faut la prouver. Comment? D'après le droit commun. Dans l'espèce jugée par la cour de Grenoble, il a été décidé que la preuve testimoniale et les présomptions n'étaient pas admissibles, parce qu'il n'y avait pas commencement de preuve par écrit (1). Nous exposerons les principes au chapitre de la *Preuve*.

Un arrêt de la cour de Douai distingue nettement l'*acte* et la convention. Il décide, comme nous l'avons fait, que la nullité de l'acte résultant du défaut de signature ne se couvre pas par la confirmation, parce que la signature est, dans les actes sous seing privé, une condition indispensable d'*existence;* la cour en conclut qu'il n'y a qu'un moyen de donner force et vie à un acte vicié de nullité substantielle, c'est que les parties fassent un nouvel acte. Mais, continue l'arrêt, les conventions et notamment la vente sont indépendantes des actes qui les constatent. La vente est parfaite lorsqu'il y a accord sur la chose et sur le prix (art. 1583), et elle reste parfaite, quoiqu'il n'y ait aucun acte, donc aussi quand l'acte est nul. Reste la difficulté de preuve. Dans l'espèce, la preuve testimoniale était admissible; la cour admit, en conséquence, la partie intéressée à faire preuve de la vente par témoins (2).

583. Il y a des arrêts qui admettent la confirmation; ils sont généralement aussi mal rédigés que ceux qui la rejettent. La cour d'Amiens commence par dire que le

(1) Grenoble, 15 novembre 1834 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3832, 2°).
(2) Douai, 7 janvier 1836 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 61, 2°).

contrat synallagmatique n'obtient sa *perfection* que par la *signature* de toutes les parties contractantes, ce qui est certainement erroné dans cette formule absolue : la cour de Douai dit très-bien que la vente se parfait par le consentement et non par la signature de l'acte; l'article 1583 est formel, et cela est élémentaire. Puis la cour admet la confirmation, parce que celle des parties qui n'avait pas *signé* avait *consenti* postérieurement. Si elle n'avait pas *consenti* d'abord, si elle ne l'a fait que postérieurement, il ne pouvait être question de confirmer un contrat qui n'avait jamais existé; il fallait dire que le contrat s'est seulement formé par le concours de volontés au moment où celle des parties qui n'avait pas encore consenti a donné son consentement (1).

Le beau-père convient avec son gendre de l'associer à son commerce et à sa fabrique pour un quart. Acte sous seing privé est dressé de la convention, mais il n'est pas signé par le gendre; toutefois celui-ci exécute le contrat, il quitte le lieu qu'il habitait, vend ses meubles et ses immeubles, et même ses marchandises et son fonds de magasin, se met à la tête de la fabrique et la dirige; bref, il agit en tout comme associé. La société dure ainsi pendant deux ans. Alors le beau-père annonce à son gendre, qui avait perdu sa femme, qu'il regarde sa signature comme non avenue, qu'il refuse d'exécuter les stipulations contenues dans l'acte non souscrit par son gendre, le défaut de signature de celui-ci laissant l'acte imparfait et dans les termes d'un simple projet. On voit à quoi sert le défaut de signature : à permettre à l'une des parties de rompre ses engagements, sous prétexte qu'ils ne formaient qu'un projet. La cour de Liége décida que les faits que nous venons de rapporter avaient la même force qu'une acceptation expresse et devaient être considérés comme l'équivalent de la signature; que le gendre avait fait plus que signer la convention, puisqu'il l'avait exécutée dans tous ses points; la cour en conclut que l'acte n'était point un projet, mais un contrat de société

(1) Amiens, 24 prairial an XIII (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4496, 1°).

parfait, que le défaut de quelques formalités extrinsèques n'en pouvait opérer la nullité (1). L'arrêt confond toujours l'acte et la convention. Il fallait, au contraire, distinguer; l'acte était certainement nul, plus que cela, inexistant; mais la convention était prouvée par l'exécution qu'elle avait reçue; la cour aurait donc dû admettre l'associé qui n'avait pas signé l'acte à la preuve de l'existence de la convention. En définitive, il n'y avait rien à confirmer : l'acte inexistant n'était pas susceptible de confirmation et la convention n'avait pas besoin d'être confirmée. Il ne s'agissait que d'une question de preuve.

Il y a un arrêt analogue de la cour de Pau. Un acte d'échange n'était pas signé; le notaire n'avait pas déclaré que les parties ne savaient ou ne pouvaient signer. Le défaut de signature était donc ou un refus de traiter ou un oubli. Ce n'était pas un refus de traiter, car l'échange avait été exécuté, les biens échangés avaient été vendus depuis plus de dix ans quand l'un des échangistes les revendiqua, en soutenant qu'il n'y avait pas eu d'échange. Dans l'espèce encore, il n'y avait pas lieu à confirmation; l'acte était évidemment nul et inexistant. Mais l'exécution prouvait l'existence de la convention, sauf à prouver les faits d'exécution. La cour décida que la convention était établie par des présomptions, c'est-à-dire par les circonstances de la cause, appuyées d'un commencement de preuve par écrit (2).

La cour de cassation a décidé à plusieurs reprises que l'exécution donnée à l'acte irrégulier empêche d'opposer aucune espèce de nullité pour vice de forme (3). Dans une espèce, le demandeur en nullité avait signé deux originaux de l'acte; il n'avait pas signé le troisième, ce qui ne pouvait être qu'un oubli, à moins que ce ne fût un calcul; mais l'exécution prouvait la convention. Donc il fallait écarter l'acte : qu'importe que l'acte soit nul ou inexistant quand la convention est certaine? Nous supposons naturellement qu'elle soit prouvée. Ce n'est pas

(1) Liége, 22 avril 1812 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4496, 2°).
(2) Pau, 17 décembre 1821 (Dalloz, n° 1496, 5°).
(3) Rejet, 19 décembre 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4496, 3°), et 2 novembre 1825 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 355).



une question de confirmation, c'est une question de preuve.

584. Les décisions de la cour de cassation soulèvent une nouvelle difficulté. Elle applique au défaut de signature ce que l'article 1325 dit du défaut de mention dans les actes qui constatent des conventions synallagmatiques que les originaux ont été faits doubles ou triples ; ce défaut de mention, dit la loi, ne peut être opposé par celui qui a exécuté la convention portée dans l'acte. On considère l'exécution comme une confirmation de l'acte irrégulier et nul en la forme. La disposition de l'article 1325, ainsi interprétée, ne reçoit pas d'application au défaut de signature. Sans signature, il n'y a point d'acte, et ce qui n'existe pas ne peut être confirmé. A notre avis, la question n'est pas une question de confirmation. D'acte, il n'y en a pas, donc pas de preuve littérale. Il y a des faits d'exécution; il s'agit de les prouver pour en induire l'existence de la convention. La preuve peut être difficile, mais la difficulté est de fait, elle n'est pas de droit.

Les questions de preuve sont si difficiles, que l'on nous permettra d'y insister un instant. Nous disons, avec la cour de Douai, que la nullité de l'acte, résultant du défaut de signature, ne peut se couvrir par une confirmation quelconque. On cite comme ayant admis la confirmation d'un acte nul en la forme, un arrêt de la cour de Bastia (1). Dans l'espèce, le contrat était avoué. Qu'importait alors la nullité ou l'inexistence de l'acte? Il n'y avait pas de preuve littérale : l'aveu en tenait lieu. L'arrêt décide, à la vérité, que la nullité de forme se couvre par la confirmation. Mais de quelle nullité s'agissait-il dans l'espèce? L'acte était authentique et nul comme tel, parce que le notaire était parent de l'une des parties. Ce cas est tout différent du défaut de signature. Ainsi l'acte était simplement nul, c'est-à-dire annulable. Il s'agit de savoir si les nullités de forme se couvrent par la confirmation, aussi bien que les nullités du fond. Jaubert le dit (n° 578) et les auteurs l'enseignent (2). Nous revien-

(1) Bastia, 3 juin 1840 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4494).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 264, note 13, § 337.

drons sur la question en expliquant l'article 1325. Dans l'opinion générale, quand l'acte est nul, ainsi que la convention, il y a lieu à une double confirmation. Cela peut donner lieu à de nouvelles difficultés. Toullier dit que l'on peut confirmer l'acte sans confirmer la convention, tandis que la confirmation de la convention implique nécessairement la confirmation de l'acte qui la constate (1). Nous préférerions maintenir la distinction entre l'écrit et la convention. L'exécution de la convention est une confirmation tacite (art. 1338); mais cette confirmation est étrangère à la preuve littérale. Je puis confirmer la convention, sans entendre confirmer tout ce qui est dit dans un acte nul. On pourrait plutôt dire que la confirmation de l'écrit implique la confirmation de la convention; car dans quel but validerait-on l'acte, si l'on n'entendait pas en même temps confirmer le contrat? A quoi servirait la preuve d'un contrat, si ce contrat restait nul?

VI. *Des vices de forme dans les contrats solennels.*

585. L'article 1340 porte : « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. » L'article 1341 permet aux héritiers du donateur de confirmer la donation que le donateur ne peut confirmer. Ces deux dispositions donnent lieu à des difficultés inextricables. L'article 1339 paraît consacrer la doctrine des actes inexistants; dans les contrats solennels, la forme est requise pour l'existence de la convention, de sorte qu'une donation nulle en la forme est inexistante, et ce qui n'existe pas ne peut être confirmé. Mais l'article 1340 contrarie cette explication en permettant aux héritiers de confirmer la donation. Si l'acte est inexistant à l'égard du donateur, comment peut-il être existant à l'égard des héritiers? Est-ce que les droits des héritiers ne sont pas en tout ceux de leur auteur? Des héritiers,

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 448, n° 492, suivi par Larombière, t. IV, p. 598, nos 10 et 11 de l'article 1338 (Ed. B., t. III, p. 122).



comme tels, peuvent-ils avoir un droit que leur auteur n'avait point? Voilà les doutes que soulèvent les articles 1339 et 1340 dans la doctrine de l'inexistence des actes solennels nuls en la forme.

L'embarras et l'incertitude augmentent quand on recourt aux travaux préparatoires. Voici comment Bigot-Préameneu explique l'article 1339 dans l'Exposé des motifs : « Il est dans *certains* actes des vices qui ne peuvent être réparés par la confirmation : ce sont les vices de forme qui dans un acte de donation entraînent la nullité, aux termes de la loi. *Ces vices n'existeraient pas moins, quoique l'acte fût confirmé.* » Voilà une explication qui n'explique rien. Nous demandons pourquoi les vices de forme sont irréparables dans certains actes, et l'orateur du gouvernement se borne à répondre qu'ils sont irréparables. Il ajoute : « D'ailleurs ces formes ont été introduites dans l'intérêt des tiers; elles ne peuvent être suppléées ». Cela n'est pas exact. Est-ce dans l'intérêt des *tiers* que la loi a prescrit des formes solennelles pour la validité ou l'existence des donations? Non. Pothier nous en dit la raison; le législateur a entravé les donations parce qu'elles font sortir les biens des familles. La loi a encore voulu assurer la liberté du donateur, les actes à titre gratuit étant plus exposés à la suggestion et à la captation que les actes à titre onéreux. Tels sont les vrais motifs pour lesquels la loi a fait de la donation un contrat solennel; ils impliquent que les formes sont de la substance de l'acte, d'où la conséquence que la donation nulle en la forme n'existe pas, et, par suite, elle ne peut être confirmée. L'explication donnée par l'orateur du gouvernement est tout à fait étrangère à cet ordre d'idées.

Jaubert a exposé avec une grande netteté la théorie des actes inexistants, mais il ne cite jamais comme exemple le cas d'un contrat solennel nul en la forme. Et, arrivé aux articles 1339 et 1340, il ne sait comment les expliquer, à en juger par son langage embarrassé et hésitant. Le rapporteur du Tribunat commence par poser en principe que les nullités se couvrent par la confirmation. Mais, dit-il, la loi a dû excepter les donations nulles en

la forme. Pourquoi? « C'est l'importance de l'acte portant donation, c'est la nature du transport de propriété qui se fait à titre gratuit qui ont dû porter le législateur à ne pas se contenter en pareil cas d'une simple ratification. » L'importance d'une donation immobilière n'est pas plus grande que celle d'une vente. Pourquoi la donation est-elle un contrat solennel, tandis que la vente est un contrat non solennel? Ce que dit Jaubert ne répond pas à la question et, en tout cas, son explication est complétement étrangère à la théorie des actes inexistants. Le rapporteur du Tribunat semble se rapprocher de cette théorie, en disant que « la volonté ne suffit pas pour une donation, qu'il faut qu'elle soit manifestée par des signes extérieurs et publics. » La solennité tient, en effet, au consentement; la volonté de donner doit être exprimée dans certaines formes, sans lesquelles elle est censée ne pas exister et, par suite, le contrat est inexistant. Est-ce ainsi que Jaubert l'entend? Nous en doutons, car il ajoute : « Ces signes extérieurs et publics, en consommant l'expropriation du donateur, avertissent aussi de la transmission tous ceux qui peuvent avoir des intérêts à démêler avec lui. » Cela regarde l'intérêt des tiers que Bigot-Préameneu invoque pour justifier la disposition de l'article 1339; mauvaise justification, car l'intérêt des tiers n'est pas plus en cause dans les donations que dans les ventes (1).

586. Les auteurs sont divisés. Il y en a qui expliquent l'article 1339 comme nous l'avons fait. La donation nulle en la forme est inexistante, et on ne peut confirmer ce qui n'existe pas (2). C'est la seule explication logique; mais est-ce celle des auteurs du code? Il est certain que l'orateur du gouvernement et le rapporteur du Tribunat ne la donnent pas. En faut-il conclure que notre théorie de l'inexistence des actes est fausse, ou que du moins elle ne s'applique pas aux formes des contrats solennels? Cette

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 206 (Locré, t. VI, p. 184). Jaubert, 2e rapport, n° 25 (Locré, t. VI, p. 232).
(2) Marcadé, t. V, p. 102 (n° 1 de l'article 1339). Larombière, t. IV, p. 662, n° 1 de l'article 1339 (Ed. B., t. III, p. 146)

supposition ne nous servira à rien. Demandons aux auteurs qui admettent que l'on peut confirmer les actes inexistants aussi bien que les actes nuls, pourquoi l'article 1339 ne permet pas de confirmer une donation nulle en la forme. Que répondent-ils? « En voici la raison, dit Toullier : les donations sont assujetties, sous peine de nullité, à certaines formes extrinsèques qui ne sont point exigées pour les autres contrats. Si ces formes ne sont pas observées, on ne peut réparer ce vice par un simple acte confirmatif (1). » C'est dire que la nullité est irréparable, parce qu'elle ne saurait être réparée. S'il y a une explication qui n'explique rien, c'est bien celle-là.

Autant vaut ne donner aucune raison, comme le font les éditeurs de Zachariæ. Ils admettent la théorie de la non-existence des actes ; ils enseignent, comme nous, que ce qui n'existe pas ne peut être confirmé. Si la donation est inexistante, on comprend que la confirmation soit impossible. Mais Aubry et Rau ne considèrent pas comme inexistante la donation nulle en la forme, ils la déclarent simplement nulle ; partant le législateur aurait dû permettre de la confirmer. Il ne le permet pas, c'est une exception au droit commun. Quelle est la raison de cette exception? On n'en donne pas ; l'article 1339 serait donc une anomalie inexplicable.

Nous croyons qu'il faut s'en tenir aux termes de la loi ; en disant que le donateur ne peut réparer les vices de la donation par aucun acte confirmatif, et en ajoutant qu'il doit la refaire dans la forme légale, la loi dit énergiquement que la donation n'existe pas. Qu'importe que les orateurs du gouvernement et du Tribunat ne donnent pas cette raison? Leurs discours ne font pas loi ; ils donnent de mauvaises raisons, il faut les laisser là et en chercher une autre ; toutes celles que nous venons d'exposer sont insignifiantes, il n'y en a qu'une qui soit en harmonie avec le texte. On ne peut confirmer que ce qui existe, et on peut confirmer tout ce qui existe, quoique vicié ; lors donc que la loi déclare que la donation nulle en la forme

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 471, n° 526.

ne saurait être confirmée, il en faut conclure qu'elle n'existe pas.

567. L'application de l'article 1339 donne lieu à quelques difficultés qui se décident facilement quand on part du principe que nous avons posé. S'applique-t-il aux donations qui ne sont pas des contrats solennels? La négative est si évidente qu'il ne vaut presque pas la peine de la motiver. Peut-il y avoir une donation nulle en la forme alors qu'il n'y a pas de formes? Pour qu'il y ait lieu à nullité, il faut naturellement qu'il y ait des formes prescrites sous peine de nullité. Quelles sont ces formes en matière de donation? Nous avons examiné ailleurs quelles sont les formes dont l'observation est nécessaire pour l'existence de la donation, quelles sont celles dont l'inobservation entraîne simplement la nullité de l'acte (1). Il a été jugé que l'article 1339 n'est pas applicable aux formes prescrites par la loi de ventôse (2). L'erreur nous paraît si certaine, que nous croyons inutile de combattre l'arrêt. Qu'est-ce qui constitue la solennité de la donation? C'est que l'acte doit être passé devant notaires (art. 931). C'est l'intervention du notaire avec l'observation de toutes les formes qu'il est tenu d'observer, qui garantissent la liberté du donateur; quand donc ces formes n'ont pas été remplies, le donateur n'a pas joui de la protection que la loi a voulu lui assurer, on doit en conclure que son consentement n'a pas été libre; partant il n'y a pas de consentement ni de donation, ce qui rend la confirmation impossible (3).

Il résulte encore du texte de l'article 1339 que la confirmation ne peut se faire parce que la donation est nulle en la forme. Donc si elle est nulle pour toute autre cause, la donation pourra être confirmée. Cela ne fait aucun doute; quelle que soit l'explication que l'on donne de l'article 1339, la disposition est exceptionnelle, partant de stricte interprétation; dès que l'on n'est pas dans les termes de l'exception, on rentre dans la règle, ce qui est

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 278, n[os] 217 et suiv.
(2) Grenoble, 21 décembre 1827 (Dalloz, n° 4581).
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 264, note 10, § 337.

décisif (1). On demande quelle est la raison de cette différence que la loi fait entre les vices de forme et les vices du fond. Dans notre opinion, elle s'explique. Il n'y a que la forme qui tient au consentement; c'est parce que le consentement n'est pas exprimé dans la forme que la loi prescrit, qu'elle en conclut que le consentement n'existe pas et que, par suite, il n'y a pas de donation; ce qui rend la confirmation impossible. Les autres conditions requises pour la validité de la donation sont étrangères au consentement; partant la donation est simplement nulle, donc susceptible d'être confirmée.

588. L'article 1339 dit que le donateur ne peut confirmer la donation nulle en la forme par aucun *acte confirmatif*. Ces termes supposent qu'il s'agit d'une confirmation expresse. Est-ce à dire qu'en prohibant la confirmation expresse, le code permette la confirmation tacite par l'exécution volontaire de la donation? Toullier le dit, mais son opinion est restée isolée (2). On ne peut attacher aucune importance à l'expression d'*acte confirmatif*, parce que le langage du code en cette matière est très-incorrect; l'article 1338 confond l'*acte confirmatif* avec la *confirmation*, et l'article 1339 continue cette confusion. Il est vrai que l'article 1339 est exceptionnel dans l'opinion générale, et l'on pourrait en induire qu'il faut en limiter l'application aux termes de la loi. Ce serait, à notre avis, faire une fausse application du principe qui défend d'étendre les exceptions. L'exception porte sur la confirmation, et la confirmation est un fait identique, qu'elle soit expresse ou tacite. Dans notre opinion, l'objection tombe; l'article 1339 est une conséquence du principe que l'on ne peut confirmer ce qui n'existe point; or, la confirmation tacite d'un acte inexistant se conçoit aussi peu que la confirmation expresse.

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Grenoble que nous avons déjà rencontré (3). C'est une décision

(1) Duranton, t. XIII, p. 309, n° 294, et tous les auteurs.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 264, note 11, § 337, et les auteurs qui y sont cités. Comparez un arrêt de rejet, 23 mai 1832 (Dalloz, n° 4580).
(3) Grenoble, 21 décembre 1827 (Dalloz, n° 1580).

d'équité; la donation était faite par contrat de mariage; la faveur accordée aux conventions matrimoniales l'a emporté, dans l'esprit des magistrats, sur la rigueur des principes. Les auteurs n'ont pas l'excuse que les juges peuvent invoquer; leur devoir est, au contraire, de maintenir la loi dans toute sa rigueur, car le respect de la loi est la base de la science du droit.

589. L'article 1339 dit que la nullité de la donation est irréparable quand elle est viciée en la forme; il n'y a qu'un moyen de la valider, elle doit être refaite dans la forme légale. N'est-ce pas dire que la donation est inexistante? Il faut qu'elle soit refaite, dit la loi, en la forme légale, c'est-à-dire il faut un nouvel acte de donation, un nouveau contrat qui n'aura d'effet qu'à partir du jour où il aura reçu sa perfection. La confirmation directe étant impossible, il en faut conclure qu'il ne peut y avoir de confirmation indirecte. On enseigne cependant qu'une donation nulle en la forme serait efficacement confirmée par une novation qui la transformerait en un nouveau contrat (1). Dans notre opinion, la novation est tout aussi impossible que la confirmation, et par la même raison. La novation, comme la confirmation, suppose une obligation préexistante à laquelle le créancier renonce; or, la donation nulle en la forme est inexistante. Si elle pouvait être novée, pourquoi ne pourrait-elle pas être confirmée?

590. On demande si une donation nulle en la forme peut être confirmée par la tradition de la chose? Ainsi posée la question doit être décidée négativement. Ce serait confirmer la donation en l'exécutant; or, l'article 1339 dit que la nullité ne peut être réparée par aucun acte confirmatif; ce qui comprend, comme nous l'avons dit, l'exécution volontaire. Mais la tradition de la chose donnée peut valoir comme donation nouvelle, si telle est l'intention des parties contractantes, car les dons manuels sont valables. Ce sera alors un nouveau contrat, une nouvelle libéralité qui n'aura d'effet qu'à partir du jour où elle aura

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 264, note 12, § 337, et les autorités qui y sont citées.

reçu sa perfection ; tandis que la confirmation, si elle était admise, rétroagirait (1).

591. Une dernière difficulté se présente dans cette matière difficile. L'article 1339 est-il applicable aux autres contrats solennels? La question est controversée. Si l'on admet l'explication que nous avons donnée de l'article 1339, il faut répondre affirmativement. C'est parce que la donation est inexistante qu'elle ne peut être confirmée, l'article 1339 est donc l'application d'un principe général; et le même principe doit s'appliquer à tous les contrats solennels, puisque la solennité est prescrite pour l'existence de ces contrats. Mais ce principe même est contesté et il est contestable. Dans l'opinion qui admet que l'article 1339 est une exception aux principes généraux, il va sans dire que cette disposition ne saurait être étendue à d'autres contrats. Nous reviendrons sur la difficulté, et elle est grande, aux titres du *Contrat de mariage* et des *Hypothèques*, où est le siége de la matière.

592. L'article 1340 permet aux héritiers du donateur de confirmer une donation nulle en la forme; il est ainsi conçu : « La confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception. » Cette disposition est encore plus difficile à expliquer que celle de l'article 1339. Nous avons dit ailleurs, et telle est la jurisprudence, que la donation nulle en la forme change de caractère après la mort du donateur. Le texte conduit à cette interprétation, et ainsi interprété il vient à l'appui de l'explication que nous avons donnée de l'article 1339. Si les héritiers peuvent confirmer la donation nulle en la forme, cela suppose que la donation existe, qu'elle est simplement nulle ou annulable, car on ne confirme pas ce qui n'existe point; c'est un axiome en cette matière que la jurisprudence française a consacré par de nombreux arrêts. Par contre, le donateur ne peut confir-

(1) Larombière, t. IV, p. 663, nos 5 et 6 de l'article 1339 (Ed. B., t. III, p. 148). Duranton, t. XIII, p. 308, n° 293. Comparez le tome XII de mes *Principes*, p. 347, n° 277.



mer la donation par aucun acte, ce qui implique qu'à son égard la donation nulle en la forme est inexistante. Donc la donation, d'inexistante qu'elle était pendant la vie du donateur, devient un contrat nul après sa mort. C'est dire que les héritiers en peuvent demander la nullité et qu'ils le doivent, s'ils ne veulent pas maintenir la libéralité faite par leur auteur; il suffit qu'ils n'agissent pas, qu'ils gardent le silence pendant dix ans pour que la donation soit tacitement confirmée. On a demandé si les héritiers pouvaient encore agir en nullité dans le cas où le donateur aurait exécuté la donation. Dans notre opinion, la solution n'est pas douteuse. A l'égard du donateur, la donation est inexistante, et elle reste inexistante, malgré toute confirmation. Donc on ne peut opposer la confirmation ni, par conséquent, l'exécution aux héritiers du donateur(1). A sa mort, malgré la confirmation, la donation est toujours inexistante; à ce moment, elle se transforme et devient un acte annulable.

593. Les héritiers peuvent aussi confirmer soit d'une manière expresse par un acte confirmatif, soit par l'exécution volontaire de la donation. Ici nous entrons dans un dédale de doutes. Pourquoi les héritiers peuvent-ils confirmer, alors que le donateur ne le peut pas? Si l'on admet l'interprétation que nous avons donnée de l'article 1339, l'article 1340 est une dérogation à l'article précédent, c'est une anomalie. Pourquoi le donateur ne peut-il pas confirmer la donation nulle en la forme? Parce que c'est un acte inexistant et que l'on ne peut confirmer ce qui n'existe point. Si l'acte n'existe pas à l'égard du donateur, comment peut-il exister à l'égard de ses héritiers? Le néant peut-il cesser d'être le néant? Comment un acte inexistant peut-il se transformer en un acte existant par la mort de celui qui l'a fait? La donation, en principe, reste certainement ce qu'elle était, un acte inexistant; l'article 1339 dit qu'elle ne peut se confirmer, parce qu'elle est inexistante, tandis que l'art. 1340 dit qu'elle peut se confirmer. Voilà l'anomalie.

(1) La jurisprudence est en ce sens (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4586).

Dira-t-on que c'est notre interprétation qui est fausse; que la donation nulle en la forme n'est pas un acte inexistant? Soit; c'est donc un acte nul, annulable. La difficulé d'expliquer les deux articles reste la même et l'anomalie subsiste. Si les héritiers peuvent confirmer, parce que l'acte est simplement annulable, pourquoi le donateur ne le peut-il pas? Et si le donateur ne le peut pas, conçoit-on que les héritiers aient un droit qui n'appartient pas à leur auteur? Tout ce qu'on dit, dans l'opinion contraire, pour expliquer et justifier l'article 1339 s'applique à l'article 1340; les motifs de décider étant identiques, comment se fait-il que la décision diffère? Voilà de nouveau l'anomalie!

On peut voir, dans Marcadé, les diverses explications que l'on a données de l'article 1340; il les combat toutes et la tâche est facile, il est inutile de la refaire (1). Mais l'explication que Marcadé donne vaut-elle mieux? A l'égard des héritiers, dit-il, la donation nulle en la forme constitue une obligation naturelle et cette obligation naturelle peut être confirmée. Nous demanderons d'abord si l'on peut confirmer ce qui n'existe point? Et l'obligation naturelle existe-t-elle aux yeux de la loi avant d'être payée, c'est-à-dire éteinte? Nous avons d'avance répondu à la question (n° 569). Mais supposons que l'obligation naturelle puisse se confirmer, nous demanderons comment les héritiers peuvent être tenus d'une obligation dont le défunt n'était point tenu. Encore une anomalie! Et si l'obligation est naturelle à l'égard des héritiers, ne l'est-elle pas, à plus forte raison, à l'égard du défunt?

Nous croyons inutile d'insister. L'explication de Marcadé n'a pas trouvé faveur. Il n'y en a qu'une seule qui rende raison de l'anomalie consacrée par l'article 1340; nous ne disons pas qu'elle lève la contradiction. Pourquoi le législateur a-t-il fait de la donation un contrat solennel? pourquoi a-t-il multiplié les formalités requises pour l'existence du contrat? Pothier répond que l'on a voulu entraver les donations, parce qu'elles font sortir les biens

(1) Marcadé, t. V, p. 102, nos I et II de l'article 1340.

des familles pour les mettré dans une famille étrangère, ce qui est contraire à l'esprit traditionnel du droit français. C'est donc dans l'intérêt des héritiers que la loi déclare inexistante la donation nulle en la forme; or, chacun peut renoncer à ce qui est établi dans son intérêt; on conçoit donc que les héritiers exécutent la donation que leur auteur a voulu faire; ils renoncent à un droit qui était introduit en leur faveur. L'explication est pratique, elle n'est pas juridique. D'après la rigueur des principes, il faudrait dire que la donation nulle en la forme est inexistante à l'égard des héritiers comme à l'égard du donateur et l'on ne confirme pas ce qui n'existe pas. Mais les auteurs du code n'ont pas grand souci de la rigueur des principes; ils s'inspirent plutôt des intérêts et des besoins de la vie réelle. A ce point de vue, l'explication que nous venons de donner peut être admise.

594. Comment se fait la confirmation? Il a été jugé que l'on doit appliquer à la confirmation des héritiers ce que l'article 1338 dit de la confirmation en général, c'est-à-dire que le droit commun reçoit son application; cela n'est pas douteux(1). La confirmation ne change point de nature quand elle est faite par les héritiers du donateur; il n'y a qu'une seule confirmation, régie nécessairement par les mêmes principes; nous les exposerons plus loin.

595. L'article 1340 dit que la confirmation d'une donation par les héritiers emporte leur renonciation à opposer soit les *vices de forme*, soit *toute autre exception*. C'est dire que toute nullité se couvre par la confirmation des héritiers. Cela était inutile à dire pour les nullités qui ne procèdent pas d'un vice de forme, car ces nullités ne sont pas substantielles, en ce sens qu'elles ne rendent pas la donation inexistante; dès lors le vice ne peut être effacé par la confirmation. Le donateur même, comme nous l'avons dit (n° 587), peut confirmer une donation nulle pour toute autre cause qu'un vice de forme. A plus

(1) Cassation, 12 juin 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4589, 3°). Toulouse, 1er avril 1868 (Dalloz, 1868, 2, 120).

forte raison les héritiers peuvent-ils confirmer ce qui est nul. C'est le droit commun (1).

Les termes généraux de l'article 1340, « toute autre exception, » ont donné lieu à une légère difficulté qui a été portée à plusieurs reprises devant la cour de cassation. Les héritiers exécutent une libéralité faite par le défunt: renoncent-ils par là à l'action en réduction? Il n'y a rien de commun entre l'action en réduction et l'action en nullité; l'une suppose que la donation est valable, donc il ne peut s'agir de la confirmer, tandis que l'autre tend à faire annuler la donation pour un vice quelconque. On peut, il est vrai, renoncer à l'action en réduction, mais ce n'est pas là une confirmation. Par contre, confirmer une donation nulle, ce n'est pas renoncer au droit d'en demander la réduction, le droit d'agir en réduction étant essentiellement distinct du droit d'agir en nullité. La jurisprudence est en ce sens (2).

596. L'article 1340 s'applique-t-il aux autres contrats solennels? Dans l'opinion que nous avons admise, la négative est certaine. L'article 1340 déroge à un principe fondamental en matière de confirmation, en permettant de confirmer un acte qui n'existe point. Essentiellement exceptionnelle, cette disposition ne peut être étendue par voie d'analogie. Cependant la jurisprudence décide que les conventions matrimoniales nulles en la forme peuvent être confirmées par les héritiers des époux (3). Nous reviendrons sur la question, qui présente des difficultés spéciales. La jurisprudence suppose que le contrat de mariage est nul, mais qu'il existe aux yeux de la loi. Ne faut-il pas dire de ce contrat ce que nous disons de la donation, que, nul en la forme, il est par cela même inexistant? C'est là la vraie difficulté, dont nous ajournons l'examen au titre qui est le siége de la matière.

597. Qui peut confirmer? « Les héritiers ou ayants

(1) Rejet, cour de cassation de Belgique, 18 mai 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 1, 190).

(2) Cassation, 5 juin 1821 (Dalloz, au mot *Chose jugée*, n° 202, 1°) et 12 juin 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4589, 1° et 3°). Comparez les arrêts de Paris et de Nancy, rapportés *ibid.*, n°s 2 et 3.

(3) Rejet, chambre civile, 26 avril 1869 (Dalloz, 1869, 1, 246).

cause, » dit la loi; donc, non-seulement les héritiers légitimes, mais aussi les successeurs universels. Si l'on s'en tient à l'explication que nous avons donnée, on devrait limiter l'exception aux héritiers légitimes; eux seuls constituent la famille et c'est dans l'intérêt de la famille que le législateur a dérogé aux principes en permettant aux héritiers de confirmer. Mais le texte ne laisse aucun doute; il s'applique même aux ayants cause; il étend donc l'exception à des cas dans lesquels elle n'a point de raison d'être. Nouvelle anomalie. Il faut laisser les principes de côté, puisqu'il s'agit d'une disposition contraire aux principes. En se plaçant au point de vue pratique, on comprend que le législateur ait permis à toutes personnes intéressées de confirmer la donation; s'il le défend au donateur, c'est qu'il craint que celui-ci ne dépouille ses héritiers. Après sa mort, cette crainte n'existe plus; dès lors il n'y a plus de motifs d'empêcher qui que ce soit de confirmer la donation. La loi parle des ayants cause, en général, donc des successeurs à titre particulier aussi bien que des successeurs universels. Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens et la question n'est pas douteuse (1).

598. Quand les héritiers peuvent-ils confirmer? Le peuvent-ils du vivant du donateur? Le texte répond : après le décès du donateur. Nous ne comprenons pas que la question soit discutée. Ce sont les héritiers qui confirment, et y a-t-il des héritiers du vivant du donateur? S'ils confirmaient avant son décès, ils feraient un pacte sur une succession future, dit Bigot-Préameneu; donc leur confirmation serait elle-même nulle, pour mieux dire inexistante. Ce serait donc confirmer un acte inexistant par un acte inexistant (2)!

N° 3. DES OBLIGATIONS NULLES.

599. En principe, toute nullité peut être couverte par la confirmation. Cela résulte des termes généraux de

(1) Rejet, 21 mars 1826 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1422).
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 207 (Locré, t. VI, p. 184). Rejet, 12 novembre 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4587).

l'article 1338 : « L'acte de confirmation d'une obligation *contre laquelle la loi admet l'action en nullité.* » Donc, dès qu'il y a action en nullité, il y a lieu à confirmation. Faut-il en conclure que les nullités d'ordre public se couvrent aussi par la confirmation? La question est controversée. Il y a un point sur lequel tout le monde est d'accord. Lorsque la nullité est perpétuelle, elle est par cela même irréparable. La raison en est simple et évidente : le vice subsistant toujours, la confirmation serait viciée aussi bien que la convention qu'il s'agit de confirmer; c'est dire que toute confirmation est impossible (1). Tel était le vice d'usure. Il n'y a plus d'usure, il y a cependant des clauses qui ont un caractère usuraire, et que le code déclare nulles. Telle est la clause prévue par l'article 2088. Quand un immeuble est donné en antichrèse, le créancier n'en devient pas propriétaire par le seul défaut de payement au terme convenu. Toute clause contraire est nulle. Cette nullité peut-elle être couverte? Elle est perpétuelle de sa nature, le vice subsiste donc au moment où la confirmation intervient et il annule la confirmation; c'est un vice irréparable. Vouloir le réparer, c'est violer la loi, et cette violation entraînerait la nullité de l'acte.

Le même principe s'applique à des nullités plus importantes. Nous avons dit ailleurs que les substitutions ne peuvent être confirmées; la cour de cassation invoque le principe que la nullité est d'ordre public (2). Il faut ajouter que la nullité est perpétuelle, si par la confirmation on prétend maintenir la substitution; la confirmation elle-même serait viciée et nulle par conséquent. Il va de soi que les héritiers sont libres de maintenir la libéralité faite à l'institué; mais il faudrait pour cela une nouvelle convention; ce ne serait donc pas une confirmation proprement dite, celle-ci ne se conçoit pas en matière de substitution, puisqu'elle ne peut faire disparaître le vice qui entache l'acte.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 263 et suiv., § 337.
(2) Rejet, 2 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 308) et 24 avril 1860 (Dalloz, 1860, 1, 211). Comparez le tome XIV de mes *Principes*, p. 610, n° 520.

Une donation est faite à une fabrique, celle-ci n'est pas autorisée à l'accepter. L'acte peut-il être confirmé? Non, car la confirmation tiendrait lieu de l'autorisation du gouvernement, ce qui est absurde et impossible. Les établissements d'utilité publique, quoique ayant une existence légale, ne sont pas capables de recevoir à titre gratuit, ils ne deviennent capables que par l'autorisation qui leur est accordée d'accepter la libéralité. S'ils ne sont pas autorisés, on doit les assimiler à un non-être; leur incapacité est donc radicale, elle subsiste lors de la confirmation et elle la vicie (1).

A plus forte raison, une libéralité faite à une corporation religieuse ne peut-elle être confirmée. Car ces corporations n'ont aucune existence légale; d'elles on peut dire, dans toute la force du terme, qu'elles sont un non-être; or, le néant reste toujours néant et, comme tel, incapable de recevoir. Les donataires ont soin de se cacher derrière une personne interposée; ce qui n'empêche pas la donation d'être nulle; il y a un vice de plus, la fraude. Il est arrivé que le légataire nominal a abandonné une partie de sa proie pour sauver le reste en transigeant avec les héritiers spoliés. Cette transaction, pas plus qu'une confirmation, ne validerait l'œuvre de spoliation; le néant ne peut pas plus transiger qu'il ne peut confirmer. Or, c'est le néant qui figure dans la transaction, comme dans tous les actes frauduleux qui transmettent l'héritage des familles à des corporations dont l'existence n'est pas reconnue. Tout est donc nul et d'une nullité irréparable : libéralité, confirmation et transaction (2).

600. Que faut-il dire des nullités d'ordre public qui ne sont pas perpétuelles? On enseigne qu'elles peuvent se couvrir par la confirmation. Les éditeurs de Zachariæ citent comme exemple le cas prévu par l'article 1597 (3). Un juge achète des créances litigieuses. Il donne sa démission, ou il passe à un tribunal qui n'est pas appelé à juger le procès. Ce magistrat pourrait donc se rendre

(1) Cassation, 24 juillet 1854 (Dalloz, 1854, 1, 307).
(2) Bruxelles, 22 avril 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 189).
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 263, note 9, § 337.

cessionnaire de la créance. Est-ce à dire qu'il puisse confirmer la cession? A notre avis, non. La confirmation est essentiellement rétroactive, elle purge le vice dont l'obligation était infectée; de sorte que l'obligation produit ses effets, non du jour où elle a été confirmée, mais du jour où elle a été contractée. Or, conçoit-on qu'une cession de droits litigieux devienne valable à partir du jour où le juge l'a consentie, au mépris de la loi, au mépris de son devoir? Nous répétons que c'est là une doctrine aussi contraire à la morale qu'au droit. Sans doute l'officier peut acheter la créance quand il cesse d'être incapable; mais autre chose est une cession nouvelle, autre chose, est la confirmation d'une cession nulle. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 569).

Les nullités établies dans l'intérêt des tiers sont d'intérêt général, dès lors elles ne peuvent se couvrir; les particuliers peuvent bien renoncer à ce qui est établi en leur faveur, ils ne peuvent pas renoncer à ce qui concerne l'intérêt général. Telle est la nullité de la subrogation consentie par le débiteur lorsque les conditions de forme prescrites par l'article 1250 n'ont pas été observées. La nullité est d'ordre public dans le sens large du mot, donc irréparable.

601. Quand la nullité n'est pas d'ordre public, elle se couvre par la confirmation. Telles sont les nullités établies pour cause d'incapacité. On pourrait objecter que l'incapacité est d'ordre public; tel est même le sens propre du mot, tout ce qui tient à l'état des personnes et à l'incapacité qui en résulte étant d'ordre public. Mais cela n'empêche pas que la nullité des actes faits par les incapables soit établie uniquement dans leur intérêt. Il y a des textes formels qui décident la question en ce sens. L'article 1311 dit du mineur : « Il n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il a souscrit en minorité lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution. » Ainsi le mineur peut confirmer tous les actes irréguliers qu'il a faits, les actes nuls pour inobservation des formes prescrites par la loi et les actes rescindables pour

cause de lésion. L'article 1304 applique le même principe à tous les incapables; il porte que la prescription de dix ans court contre les incapables à partir du jour où leur incapacité a cessé; or, la prescription de dix ans est une confirmation tacite; c'est décider implicitement que les incapables peuvent confirmer les actes qu'ils ont faits en temps d'incapacité.

Le principe est incontestable, mais l'application donne lieu à de grandes difficultés. On demande si le mineur peut confirmer l'hypothèque qu'il a consentie, et quel sera l'effet de cette confirmation. Nous y reviendrons plus loin et au titre des *Hypothèques*. La femme mariée est dans une position spéciale. Quand elle s'est obligée sans autorisation du mari, elle peut agir en nullité, et son mari peut également demander la nullité; l'un et l'autre peuvent donc confirmer. Nous avons examiné ailleurs les questions auxquelles ce conflit donne lieu(1), et en traitant du régime dotal nous exposerons les règles spéciales qui régissent l'aliénation des biens dotaux et l'action en nullité qui en résulte ainsi que la confirmation des ventes qui auraient été faites.

602. Les actes faits par les incapables soulèvent une difficulté particulière. Leur incapacité n'est pas absolue, la loi leur permet de faire tous les actes de la vie civile, sauf quelques exceptions, mais elle établit des conditions et des formes pour les protéger contre leur incapacité. S'ils traitent sans observer ces formes, l'acte est nul. Peut-il être validé, lorsque postérieurement à l'acte, les formes légales sont accomplies? Nous avons décidé la question affirmativement en ce qui concerne la femme : le mari peut couvrir la nullité des actes faits sans son autorisation, en les approuvant; cette approbation vaut consentement. Ce n'est pas une confirmation proprement dite : le mari consent après que l'acte est accompli, au lieu de consentir avant que l'acte soit passé. On applique donc les principes qui régissent l'autorisation maritale, plutôt que les principes que le code établit

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 203-207, nos 165-169.

sur la confirmation. Ainsi s'il donnait son consentement par écrit, il n'y aurait pas lieu de suivre les formalités prescrites par l'article 1338.

La question est controversée pour la femme mariée, elle l'est aussi pour les mineurs. Nous croyons qu'il faut appliquer aux mineurs ce que nous avons dit de la femme mariée. Il y a des actes que le tuteur peut faire seul comme mandataire légal du mineur. Si le mineur les fait avec l'autorisation du tuteur, ils sont valables; il est vrai que, dans notre droit, le tuteur n'est pas appelé à autoriser, mais en autorisant son pupille à agir, il s'approprie l'acte et le valide. L'autorisation est un consentement; elle peut donc se faire sous forme d'approbation donnée postérieurement à l'acte que le mineur a fait sans le concours de son tuteur. Il y a même raison de décider que pour la femme; dans notre opinion, cela est décisif.

Il y a d'autres actes que le tuteur ne peut faire qu'avec une autorisation du conseil de famille homologuée, dans certains cas, par le tribunal. Si le mineur fait un de ces actes sans observer les formes légales, la nullité sera-t-elle couverte par une délibération postérieure du conseil, suivie, s'il y a lieu, d'une homologation? L'affirmative n'est point douteuse si l'on admet notre principe : l'autorisation donnée postérieurement sous forme d'approbation équivaut à l'accomplissement régulier des formes légales. Ici l'on voit bien clairement qu'il ne s'agit pas d'une véritable confirmation. C'est celui qui a le droit d'agir en nullité qui confirme; or, le conseil de famille et le tribunal qui approuvent l'acte irrégulier n'ont pas le droit d'en demander la nullité; ils ne confirment pas, car ils ne renoncent pas à une action en nullité, ils interviennent après l'acte, au lieu d'intervenir avant l'acte. Il faut donc appliquer les principes que le code pose au titre de la *Tutelle*, et non ceux qui régissent la confirmation.

Quand l'acte irrégulier du mineur a été approuvé par le tuteur et, s'il y a lieu, par le conseil de famille et le tribunal, l'acte devient pleinement valable, le mineur n'en peut plus provoquer l'annulation ni la rescision quand il sera devenu majeur. Ceci est une objection contre notre

théorie. Le mineur a le droit d'agir en nullité, dit-on; c'est donc lui qui doit confirmer quand il devient majeur; l'article 1311 le dit. Nous répondons que le mineur ne peut attaquer les actes qu'il a faits en minorité que lorsqu'il a agi seul, sans son tuteur et sans observer aucune forme. Voilà le cas prévu par l'article 1311. Mais quand l'acte irrégulier qu'il a fait a été régularisé, l'acte cesse d'être nul ou rescindable ; donc il n'y a pas lieu à confirmation, car il n'y a pas de vice à purger.

La doctrine est en ce sens (1). La jurisprudence est divisée; les arrêts rendus pour ou contre n'ont guère d'autorité, ils ne discutent pas la question, c'est à peine s'ils sont motivés (2).

603. La même question se présente pour le prodigue. Il y a des actes qu'il ne peut faire sans l'assistance de son conseil. Les actes qu'il fait sans être assisté sont nuls. Peut-il les confirmer? Assisté de son conseil, il peut faire tout ce qu'un majeur peut faire; il peut donc confirmer l'acte irrégulier qu'il a fait. Il a été jugé en ce sens que si le prodigue, assisté de son conseil, exécute volontairement l'acte fait sans l'assistance du conseil, il y a confirmation tacite, conformément à l'article 1338 (3). Dans notre opinion, il suffirait même que le conseil approuvât l'acte; son assistance n'est autre chose qu'un consentement, de même que l'autorisation maritale; il faut donc décider, par voie d'analogie, que l'assistance proprement dite peut être remplacée par une approbation postérieure.

604. Les communes peuvent-elles confirmer les actes irréguliers qu'elles ont faits? Il y a une différence entre les communes et les incapables, leur incapacité ne cesse jamais, elles sont toujours sous la tutelle de l'administration supérieure : en ce sens on dit qu'elles sont toujours mineures. Or, un mineur ne peut pas confirmer pendant sa minorité; seulement l'acte qu'il a fait peut être régula-

(1) Larombière, t. IV, p. 604, n° 17 de l'article 1338 (Ed. B., t. III, p. 125). Demolombe, t. VII, p. 522, n° 749.
(2) Grenoble, 4 juin 1836, et Cassation, 12 mars 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 784). En sens contraire, Paris, 19 janvier 1810 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 563).
(3) Rejet, 6 juin 1860 (Dalloz, 1860, 1, 339).

risé par l'accomplissement des formes qui auraient dû être remplies avant la passation de l'acte. Il faut en dire autant des communes; leur incapacité n'est pas une impossibilité d'agir; elles sont capables quand les actes pour lesquels la loi exige l'approbation de la députation permanente ou du roi ont reçu cette approbation. C'est un consentement, il peut donc intervenir après l'acte. La jurisprudence est en ce sens.

Le maire d'une commune avait emprunté une somme de 10,000 fr. d'un banquier sans observer aucune forme; le banquier étant tombé en faillite, le syndic réclama le payement de ce qui restait dû. La commune opposa l'irrégularité de l'emprunt. Cette défense ne fut pas accueillie. La cour de cassation décida que « l'emprunt contracté irrégulièrement avait reçu de l'autorité administrative une ratification qui couvrait le vice de son origine et le mettait à l'abri des attaques de la commune qui en avait profité (1). » A notre avis, ce n'était pas une confirmation proprement dite; cette confirmation aurait dû émaner de la commune, laquelle avait seule le droit d'agir en nullité. Le conseil municipal avait, à la vérité, approuvé le compte où figurait la somme empruntée, mais cela ne suffisait pas; le préfet avait, de son côté, donné son approbation. C'était donc, non une renonciation à l'action en nullité, mais une approbation donnée par l'autorité compétente.

§ III. *Conditions requises pour la confirmation.*

605. Le code civil confond la confirmation avec l'acte confirmatif; il détermine les conditions de forme qui doivent être observées pour que l'acte confirmatif soit valable. Il ne dit rien de la confirmation considérée comme fait juridique, c'est-à-dire de la renonciation à l'action en nullité. Après avoir parlé de l'acte confirmatif, l'article 1338 ajoute qu'à défaut d'acte de confirmation, il suffit

(1) Rejet, 6 décembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 295). Comparez Rennes, 27 janvier 1851 (Dalloz, 1852, 2, 30).

que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée. Cette disposition exige des conditions pour la confirmation tacite; et parmi les conditions que la loi prescrit pour l'*acte* confirmatif, il y en a qui concernent la confirmation proprement dite. A vrai dire, la confirmation est un seul et même fait juridique, peu importe comment elle se fait. Qu'elle soit expresse et constatée par un acte, ou qu'elle soit tacite, ce qui en fait l'essence, c'est qu'elle est une renonciation à l'action en nullité et qu'elle a pour objet de purger le vice dont l'obligation est infectée. De là et des dispositions de l'article 1338 on peut déduire les conditions requises pour la validité de la confirmation.

606. On dit d'ordinaire que pour confirmer une obligation nulle il faut avoir la capacité de s'obliger (1). Il est vrai que celui qui confirme n'était pas valablement obligé et que son obligation est seulement validée par la confirmation. En ce sens il doit être capable de s'obliger. Mais cela n'est pas assez précis. La confirmation est une renonciation à l'action en nullité, donc un acte de disposition; de là suit que la capacité de s'obliger ne suffit point, il faut être capable de disposer. Le mineur émancipé peut s'obliger dans de certaines limites, il ne peut pas disposer; il est, par conséquent, incapable de confirmer, il ne le peut qu'à sa majorité.

607. Confirmer, c'est purger le vice qui entache une obligation, en renonçant au droit de s'en prévaloir pour demander la nullité de l'acte. Il suit de là que celui qui confirme doit connaître le vice qu'il entend purger (2). La loi le dit de la confirmation constatée par un acte confirmatif; elle exige la mention du motif de l'action en rescision. Il est d'évidence que celui qui ne connaît pas le vice qui annule l'obligation ne peut avoir l'intention de réparer la nullité; c'est dire qu'il ne peut pas confirmer. Ce principe a surtout de l'importance pour la confirmation tacite qui résulte de l'exécution volontaire de l'acte vicié. Comme

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 455, n° 504.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 266, note 21, § 337.

il n'y a pas, dans ce cas, de déclaration expresse de la volonté de confirmer, on ne peut l'admettre que si la volonté de renoncer résulte clairement de l'acte; et il ne peut y avoir volonté de confirmer sans connaissance du vice. Dira-t-on qu'il n'appartient pas à l'interprète de prescrire des conditions que la loi n'exige point? Nous répondons que la condition découle de la notion même de confirmation; on ne peut renoncer à un droit dont on ignore l'existence. La loi le dit d'ailleurs de l'acte confirmatif, et si la loi fait de la connaissance du vice une condition essentielle de la validité de l'acte, c'est parce que la confirmation ne se conçoit pas sans cette connaissance. Quant à la confirmation tacite, la loi dit qu'elle résulte de l'*exécution volontaire* de l'acte; ces mots, comme nous le dirons plus loin, impliquent la connaissance du vice qu'il s'agit d'effacer.

608. L'article 1338 ajoute que l'acte confirmatif doit exprimer l'intention de réparer le vice sur lequel l'action en nullité est fondée. Ce que la loi dit de l'acte confirmatif est de l'essence de toute confirmation, de quelque manière qu'elle se fasse. C'est une renonciation, et il n'y a pas de renonciation sans volonté de renoncer. L'article 1338 le dit implicitement de la renonciation tacite, en exigeant qu'elle soit volontaire; ce qui veut dire, à notre avis, que l'exécution doit impliquer la volonté de renoncer.

609. L'article 1338 dit que l'exécution volontaire ne confirme l'obligation que lorsqu'elle a lieu après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée. Il y a donc une époque avant laquelle la confirmation ne peut se faire. Quel est ce moment? En principe, la confirmation peut se faire dès que celui qui confirme a connaissance du vice à raison duquel il a le droit d'agir en nullité; dès qu'il sait qu'il a le droit d'agir, il peut y renoncer. Il y a des vices qui se continuent pendant un temps plus ou moins long; tant que le vice dure, il est impossible de le purger, car le vice qui annule l'obligation annulerait aussi la confirmation. C'est en ce sens que l'article 1338 dit qu'il y a une époque avant laquelle il ne peut y avoir de confirmation.

Les textes sont en harmonie avec les principes. Aux termes de l'article 1115, « un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence si, *depuis que la violence a cessé*, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi. » Tant que la violence dure, il ne peut s'agir de confirmer l'acte vicié par la violence, car la violence qui annule l'obligation annulerait également la confirmation. L'article 1304 applique à tous les vices du consentement ce que l'article 1115 dit de la violence. Il fixe le jour où la prescription de dix ans commence à courir; or, cette prescription est une confirmation tacite; donc implicitement la loi décide qu'il ne peut y avoir de confirmation avant que les vices du consentement aient cessé. Ainsi, en cas d'erreur ou de dol, l'obligation ne peut être confirmée que lorsque les vices ont été découverts; tant que l'erreur dure, elle vicierait la confirmation; pour mieux dire, on ne la conçoit pas, car pour effacer le vice d'erreur, il faut savoir que l'on est dans l'erreur; et pour effacer le vice de dol, il faut que l'on ait découvert la fraude dont on est la dupe. La loi ne le dirait pas, que le bon sens suffirait pour le décider ainsi : peut-on avoir la volonté de réparer un vice que l'on ignore (1)?

610. Le même principe s'applique à l'incapacité. Pour les mineurs, il y a un texte formel; l'article 1311 dit que le mineur n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité lorsqu'il l'a ratifié en majorité. Tant que dure la minorité, le mineur est incapable de disposer, donc il ne peut confirmer; l'incapacité qui vicie l'obligation vicierait aussi la confirmation. Il en est de même des autres incapacités. L'article 1304 le décide implicitement. La prescription de dix ans ne court, pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, que du jour de la dissolution du mariage; or, la prescription de l'article 1304 est une confirmation tacite; donc la confirmation ne peut avoir lieu tant que le mariage dure, bien entendu par la femme seule, sans

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 456, n° 505.

autorisation maritale. Encore une fois parce que la confirmation serait viciée par la même cause qui vicie l'obligation ; il faudrait donc confirmer la confirmation. A l'égard des actes faits par les interdits, la prescription de dix ans ne court que du jour où l'interdiction est levée; donc ce n'est qu'à partir de ce moment que les interdits peuvent confirmer. Quant aux mineurs, la prescription court à partir de la majorité; c'est à partir de ce jour qu'ils peuvent confirmer.

On ne comprend pas qu'il y ait une jurisprudence sur des questions que le texte du code décide. Il a été jugé qu'un mineur émancipé n'a pas capacité pour confirmer avant sa majorité un acte qu'il ne pouvait faire sans être assisté de son curateur (1). Cependant il est arrivé à une cour d'appel de valider la confirmation prétendue résultant de faits d'exécution qu'un mineur avait posés. La cour de cassation a cassé l'arrêt, en déclarant que la cour avait formellement violé la loi (2).

Il a encore été jugé que la femme mariée ne peut confirmer pendant le mariage (3), alors même qu'elle serait séparée de biens et qu'il s'agirait de l'aliénation de biens dotaux faite par le mari (4). Cela ne souffre pas l'ombre d'un doute.

Que faut-il décider du prodigue? La loi ne le place pas parmi les incapables. Donc on ne peut invoquer l'article 1304 pour en induire par analogie que la confirmation ne peut se faire que lorsque la nomination d'un conseil est révoquée. Le prodigue, il est vrai, ne peut pas disposer, mais il le peut assisté de son conseil; donc il peut aussi confirmer avec cette assistance. Dès lors il faut dire que la confirmation peut se faire, quoique la nomination d'un conseil ne soit pas révoquée (5). Il en est de même des faibles d'esprit dont l'état intellectuel reste le plus souvent invariable.

(1) Rennes, 23 novembre 1846 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4481).
(2) Cassation, 28 novembre 1866 (Dalloz, 1866, 1, 469).
(3) Paris, 15 mars 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de Mariage*, n° 3914).
(4) Riom, 6 décembre 1848 (Dalloz, 1849, 2, 140).
(5) Rejet, 6 juin 1860 (Dalloz, 1860, 1, 339).

611. Le principe dont l'article 1304 et les articles 1117 et 1311 contiennent des applications est un principe général; il faut donc l'appliquer à tous les cas analogues. Aux termes de l'article 472, tout traité qui intervient entre le tuteur et le mineur devenu majeur est nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'oyant compte, dix jours au moins avant le traité. Cette nullité se couvre par la confirmation, mais le traité ne pourra être confirmé qu'après l'accomplissement des conditions que nous venons de transcrire. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur ce point au titre de la *Tutelle* (1).

L'article 1395 défend d'apporter aucun changement aux conventions matrimoniales après la célébration du mariage : tout changement est frappé de nullité. Cette nullité ne peut se couvrir pendant la durée du mariage, parce que la confirmation serait entachée du même vice que la contre-lettre : la confirmation ne pourra se faire qu'après la dissolution du mariage. Nous reviendrons sur ce point au titre qui est le siége de la matière (2).

§ IV. *Comment se fait la confirmation.*

612. La confirmation est une renonciation à l'action en nullité, donc une manifestation de volonté; or, la volonté peut se manifester d'une manière expresse ou d'une manière tacite; la confirmation est donc ou expresse ou tacite (art. 1338).

N° 1. DE LA CONFIRMATION EXPRESSE.

613. La confirmation est expresse quand la volonté de celui qui renonce à l'action en nullité résulte d'une déclaration formelle, c'est-à-dire d'une déclaration faite par des paroles quelconques. C'est ce que l'article 1338 ap-

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 178, n° 165.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 265, § 337.

pelle un acte confirmatif. Est-ce à dire qu'il faille un acte? On pourrait le croire, d'après les termes de la loi qui parle d'un *acte de confirmation*. Toutefois la négative est certaine, et elle résulte du texte même du code. Si un écrit était nécessaire, la confirmation serait un acte solennel, d'où suivrait que sans écrit il n'y aurait pas de confirmation. Or, l'article 1338 dit qu'à défaut d'acte de confirmation il suffit que l'obligation ait été exécutée volontairement. La loi admet donc la confirmation tacite, ce qui exclut toute idée de solennité. On pourrait dire, il est vrai, que la loi n'admet d'autre preuve que l'acte pour établir la confirmation expresse; mais le code ne dit pas que la confirmation ne peut être prouvée que par un écrit, elle détermine seulement les mentions que doit contenir l'écrit confirmatif pour être valable comme tel, ce qui est bien différent. Il n'y avait d'ailleurs aucune raison pour faire de la confirmation un acte solennel, ni pour exiger qu'elle se prouve nécessairement par un écrit. La doctrine (1) et la jurisprudence sont en sens (2).

Ainsi la confirmation expresse se prouve d'après le droit commun. Elle pourrait donc être prouvée par témoins dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale (3). De même, celui qui prétend que l'obligation est confirmée peut demander que la partie adverse soit interrogée sur faits et articles, et il peut lui déférer le serment décisoire.

614. Si celui qui confirme dresse un écrit, il doit observer les formes prescrites pour la validité de l'acte confirmatif. L'article 1338 dit que l'acte de confirmation n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de l'obligation qui est infectée d'une nullité que la confirmation est destinée à effacer. Qu'entend-on par *substance* de l'obligation? C'est ce en quoi elle consiste, dit Toullier, et sans quoi elle n'existerait pas; ce qui la distingue de toute autre obligation. Il n'est pas nécessaire que l'acte confir-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 268, note 25, § 337.
(2) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 31 mars 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 1, 287).
(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 584, n° 309 *bis* III et p. 585, n° 309 *bis* IV.

matif relate toutes les clauses du contrat qu'il s'agit de confirmer; l'article 1338, à la différence de l'article 1337, n'exige pas que l'écrit contienne la *teneur* de l'obligation. S'il s'agit d'une vente, par exemple, il suffira de désigner la chose vendue et de mentionner le prix; car ce qui constitue la substance de la vente, c'est le consentement sur la chose et le prix. L'objet de la confirmation étant tout spécial, il est inutile de transcrire ou de résumer toutes les stipulations du contrat. Si la loi exige que la substance du contrat soit rappelée dans l'acte confirmatif, c'est afin d'éviter toute méprise; celui qui confirme peut avoir souscrit plusieurs obligations également nulles un seul et même jour, par exemple un bail et une vente, il doit se rendre compte du contrat qu'il entend confirmer; il faut donc qu'il dise si c'est le bail ou la vente (1).

615. L'article 1338 veut, en second lieu, que l'acte confirmatif contienne la mention du motif de l'action en nullité, c'est-à-dire que l'acte déclare quel est le vice que l'on veut effacer. Pour qu'il y ait volonté expresse de confirmer, il faut naturellement que l'acte fasse connaître l'objet de la confirmation. Il s'agit d'une renonciation, il faut donc que la partie intéressée sache et déclare à quoi elle entend renoncer. Il se peut qu'il y ait plusieurs vices; elle doit déclarer quel est le vice qu'elle entend purger. Un mineur souscrit un partage sans observer les formalités prescrites par la loi; il est lésé de plus du quart. Il aura, dans ce cas, une action en nullité fondée sur le vice de forme et une action en rescision pour cause de lésion. S'il dresse un acte confirmatif, il doit dire quel est le vice qu'il veut effacer; les renonciations sont par leur essence de droit étroit; pour que la confirmation se fasse en connaissance de cause, il faut que l'acte déclare à quoi l'auteur de l'écrit veut renoncer (2).

La cour de Limoges a appliqué ce principe à une cession de droits héréditaires faite par un mineur sans observation des formes que la loi requiert pour la validité du

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 451, n° 496. Colmet de Santerre, t. V, p. 585, 3°.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 585, 2°. Toullier, t. IV, 2, p. 452, n° 498.

partage. L'acte était nul en la forme ; après sa majorité, le mineur dressa un acte confirmatif par lequel il renonçait à se prévaloir du vice de forme. Puis il attaqua la cession pour cause de lésion. On lui opposa une fin de non-recevoir : l'acte de confirmation. La cour décida que lorsqu'une obligation peut être rescindée pour plusieurs causes, l'acte confirmatif qui ne fait mention que de l'une de ces causes laisse subsister le droit de demander la rescision pour les causes qui n'y sont pas mentionnées. Or, dit la cour, dans l'espèce, le mineur pouvait attaquer l'acte soit pour vice de forme, soit pour cause de lésion ; il renonçait au premier chef de nullité, il ne renonçait pas au second (1). Le principe qui sert de fondement à la décision est incontestable. Mais est-il vrai de dire que le mineur avait deux actions, l'une en nullité, l'autre en rescision? Oui, s'il était lésé de plus du quart. Non, s'il éprouvait une lésion moindre ; dans ce cas, il était protégé par l'action en nullité, l'action en rescision ne lui appartenant que pour les actes qui ne sont pas soumis à des formes particulières : le mineur ne peut pas avoir deux actions à raison de sa minorité.

616. L'article 1338 exige la mention du *motif* de nullité que le confirmant veut couvrir. On a prétendu que cette condition ne s'appliquait qu'au motif de fait, de sorte que les vices de droit ne devraient pas être mentionnés. La cour de cassation a repoussé cette fausse interprétation. Le texte ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Celui qui confirme doit savoir à quoi il renonce. Cela est surtout nécessaire quand il s'agit d'un motif de droit ; ceux qui confirment sont d'ordinaire étrangers à la science des lois, raison de plus pour qu'ils se rendent compte de la violation de la loi qui rend l'acte nul (2).

617. Il y a une troisième condition requise pour la validité de l'acte confirmatif ; la loi veut qu'il exprime l'intention de réparer le vice sur lequel l'action en nullité est fondée. C'est cette intention qui constitue l'essence de la

(1) Limoges, 13 décembre 1847 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4506, 2°)
(2) Rejet, 20 avril 1859 (Dalloz, 1859, 1, 309).

confirmation, car la confirmation n'est autre chose que la volonté d'effacer le vice qui rend l'acte nul, en renonçant à l'action en nullité. Quand la confirmation est expresse, il faut que l'intention de confirmer soit exprimée dans l'acte. Il va sans dire qu'il ne faut pas de termes sacramentels, puisque dans notre droit il n'y en a point.

Un mineur souscrit un billet au profit d'une demoiselle pour indemnité des torts qu'il lui a causés par ses assiduités et ses promesses qui l'ont empêchée de s'établir. Devenu majeur, il confirma l'obligation, en écrivant au bas du billet : « Je ratifie le présent billet. » Ces engagements sacrés sont trop souvent foulés aux pieds. Le souscripteur du billet opposa la nullité de l'acte confirmatif. Il a été jugé que l'acte remplissait toutes les conditions prescrites par la loi. La substance de l'acte confirmé ne pouvait être mieux énoncée que par l'acte lui-même qui se trouvait au-dessus de la confirmation. L'énonciation du motif de nullité s'y trouvait également, puisque le billet contenait la preuve qu'il avait été souscrit en minorité. Enfin l'intention de réparer le vice résultait des termes de la confirmation. La cour ajoute, pour prévenir toute objection, que le billet et la ratification ne formaient qu'un seul et même acte, et que cet acte prouvait la dette (1).

618. Les trois conditions énumérées par l'article 1338 sont prescrites sous peine de nullité. Si donc le débiteur déclarait simplement qu'il confirme tel acte passé tel jour, l'acte confirmatif serait nul (2). Il suit de là que les juges du fait qui admettent la confirmation ne doivent pas se borner à dire que le débiteur a confirmé. Une pareille décision serait cassée, parce qu'elle ne permettrait pas de vérifier si l'acte réunit les conditions que la loi prescrit pour sa validité (3).

619. La nullité de l'écrit n'entraîne pas la nullité de la confirmation, l'acte n'étant dressé que pour la preuve. Tout ce qui en résulte, c'est qu'il n'y aura pas de preuve

(1) Poitiers, 7 juillet 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 635).
(2) Angers, 25 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 2, 36).
(3) Cassation, 19 août 1857 (Dalloz, 1857, 1, 339).

littérale de la confirmation. Celui qui soutiendra que l'obligation nulle a été confirmée pourra en faire la preuve d'après le droit commun. On demande s'il peut invoquer l'acte confirmatif irrégulier comme un commencement de preuve par écrit, à l'effet de prouver la confirmation par témoins. L'affirmative est enseignée, et elle ne nous paraît pas douteuse. Il est constant, nous le supposons, que l'écrit émane de celui à qui on l'oppose, mais il ne contient pas la substance de l'obligation, ou il ne mentionne pas le vice qui le rend nul, il porte simplement que le souscripteur confirme le contrat qu'il a passé tel jour. D'après le droit commun, l'écrit ferait preuve complète de la confirmation; à plus forte raison doit-il former un commencement de preuve par écrit, puisqu'il rend certainement probable le fait qu'il constate (1).

N° 2. DE LA CONFIRMATION TACITE.

I. *Principe.*

620. « A défaut d'acte de confirmation, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement, » pour que le vice qui la rendait nulle soit effacé (art. 1338). On suppose que celui qui exécute l'obligation avait la capacité de renoncer à l'action en nullité; on suppose qu'il connaissait le vice qui lui donnait le droit de demander l'annulation de l'acte. Si, dans ces circonstances, il exécute l'obligation, l'exécution implique nécessairement l'intention de ne pas attaquer l'acte, c'est-à-dire l'intention de le confirmer. On n'exécute pas un acte nul quand on se propose d'en demander la nullité : l'exécuter, c'est donc renoncer au droit que l'on a d'agir.

C'est ce qu'on appelle confirmation tacite, parce que la volonté de confirmer résulte d'un fait, au lieu d'être déclarée par paroles. Est-ce le seul cas de confirmation tacite? La loi ne dit pas cela. Aux termes de l'article 1117,

(1) Larombière, t. IV, p. 621, n°s 31 et 32 (Ed. B., t. III, p. 131 et suiv.). Colmet de Santerre, t. V, p. 585, n° 309 *bis* IV.

toute confirmation *tacite* produit une fin de non-recevoir contre celui qui a effacé le vice de violence; l'article 1311 parle de la confirmation en termes généraux qui admettent toute espèce de confirmation tacite. Quant à l'article 1338, il dit que la confirmation a lieu par l'exécution volontaire, il ne dit pas que ce soit le seul moyen de confirmer tacitement. Il y a, sous ce rapport, une différence de rédaction entre le premier et le deuxième alinéa. Lorsque la confirmation est constatée par un acte confirmatif, la loi dit que l'acte confirmatif n'*est valable* que si l'on y trouve les mentions qu'elle prescrit. Quand ensuite la loi dit que l'exécution volontaire emporte confirmation tacite, elle ne dit point que la confirmation tacite n'est valable que si l'obligation est exécutée volontairement. Il n'y a donc rien de restrictif ni dans les termes ni dans l'esprit de la loi. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Zachariæ(1).

621. Quelles sont les conditions requises pour que l'exécution vaille confirmation? La loi dit que l'exécution doit être *volontaire*, et elle ajoute que l'obligation doit être exécutée après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée.

Qu'est-ce que l'exécution *volontaire?* Le mot *volontairement* se trouve encore dans une autre disposition qui parle aussi de l'*exécution* d'une obligation et qui produit une fin de non-recevoir contre celui qui l'a exécutée. Aux termes de l'article 1235, ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition, mais la répétition n'est pas admise à l'égard des dettes naturelles qui ont été *volontairement* acquittées. Que veut dire ce mot *volontairement?* Dans l'article 1235 cela n'est guère douteux; la loi n'entend pas réprouver le payement qui aurait été fait sous l'empire de la violence; cela était inutile à dire, puisque cela résulte des principes généraux. Le débiteur d'une dette naturelle paye la dette volontairement, en ce sens qu'il sait que la dette est naturelle, et il la paye sachant qu'il ne peut pas être contraint à la payer. Nous croyons que, dans le cas

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Obligations*, n° 4518. En sens contraire, Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 485, note 18.



de l'article 1338, le mot *volontairement* a un sens analogue. Celui qui exécute une obligation nulle entend-il la confirmer? Oui, s'il sait que l'acte est nul et si néanmoins il l'exécute; on ne pouvait pas l'y forcer, car il aurait pu opposer au créancier une exception péremptoire; il exécute donc sachant qu'il n'est pas tenu d'exécuter, ce qui implique l'intention de renoncer à l'action de nullité, aussi bien qu'à l'exception de nullité. Exécuter volontairement, c'est donc exécuter avec l'intention de confirmer.

622. On donne, en général, un autre sens au mot *volontairement*. Le consentement, dit-on, doit être exempt de tout vice (1). Cela est évident, mais la chose est trop évidente pour qu'il fût nécessaire de la dire. En effet, confirmer, c'est manifester la volonté de renoncer à l'action en nullité; or, toute manifestation de volonté est viciée par les causes qui vicient le consentement, donc la confirmation aussi est nulle quand elle a lieu par erreur, quand elle est extorquée par violence, ou surprise par dol. C'est le droit commun, et à quoi bon reproduire un principe de droit commun pour la confirmation tacite plutôt que pour la confirmation expresse? Si l'exécution est viciée par le dol, elle est nulle, et comment un acte nul pourrait-il confirmer un autre acte nul (2)? Il faudrait commencer par confirmer la confirmation. Certes il était inutile de dire qu'un acte nul pour dol ne pouvait être confirmé par une exécution qui elle-même est le fruit de manœuvres frauduleuses.

On dit encore que l'exécution n'est pas *volontaire* et, par suite, ne vaut pas confirmation quand le débiteur a exécuté pour arrêter les poursuites du créancier (3). Cette explication se rapproche de la nôtre; pour mieux dire, c'est une conséquence du principe que l'exécution ne peut valoir confirmation que lorsqu'elle implique la volonté de renoncer à l'action en nullité; or, on ne peut pas supposer que telle soit l'intention du débiteur qui veut prévenir

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 269, note 31, § 337.
(2) Rejet, 5 juin 1839 (Dalloz, au mot *Requête civile*, n° 62, 1°). Gand, 5 juillet 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 316).
(3) Toullier, t. IV, 2, p. 462, n° 512.

ou arrêter les poursuites de son créancier; dès que le fait peut recevoir une autre interprétation que celle de la volonté de renoncer, on ne doit pas admettre la renonciation : cela est de droit commun (1).

623. Il y a encore une autre interprétation du mot *volontairement*. Les actes qui sont une suite nécessaire de la convention, en ce sens que le débiteur ne pouvait pas s'y soustraire, ne sont pas une exécution volontaire, dit Duranton, et n'emportent pas confirmation tacite. L'acheteur donne en payement du prix des billets à ordre; le vendeur les endosse au profit d'un tiers. Si l'acheteur paye les billets, dira-t-on qu'il exécute *volontairement* la vente? Non, car il est obligé de payer le billet, à son échéance, au tiers porteur. C'est donc une exécution qui n'implique pas la volonté de renoncer à ses droits. Cela est certain; c'est une conséquence de notre principe et de l'interprétation que nous donnons à la loi. L'exécution matérielle ne suffit point, il faut l'*intention*, c'est-à-dire un fait qui révèle l'intention de celui qui exécute et une intention certaine, car les renonciations ne se présument pas. C'est au juge de distinguer le fait intentionnel du fait matériel. On a dit que le mineur, en majorité, qui délivre l'immeuble qu'il a vendu en minorité, n'exécute pas volontairement, parce que la délivrance est une dépendance de l'acte de vente. Duranton répond avec raison qu'il en est ainsi de tout fait d'exécution; il faut donc toujours en revenir au principe que le fait doit manifester l'intention de confirmer, c'est en ce sens qu'il doit être volontaire (2).

624. Il suit de là que la confirmation tacite est régie, en général, par les mêmes principes que la confirmation expresse; ce qui est très-logique, car la confirmation est un seul et même fait juridique, c'est une renonciation à l'action en nullité; la renonciation doit avoir les mêmes caractères, qu'elle se fasse par paroles ou qu'elle s'induise d'un fait posé par celui qui avait le droit d'agir en nul-

(1) Comparez, par analogie, Lyon, 5 juin 1852 (Dalloz, 1852, 2, 234).
(2) Duranton, t. XIII, p. 295, n° 282 et p. 296, n° 284.

lité. Cela résulte du texte même de la loi; en effet, l'article 1338 assimile à la confirmation expresse celle qui se fait par l'exécution volontaire de l'obligation, confirmation que l'article 1117 appelle tacite (1). La seule différence qui existe entre les deux espèces de confirmation est que l'une se fait par une déclaration formelle de volonté et que, de plus, l'acte confirmatif doit réunir certaines conditions spéciales; l'autre se fait sans une déclaration par paroles, puisqu'elle consiste dans un fait d'exécution; il va sans dire qu'on ne peut exiger qu'il y ait eu intention explicitement manifestée de réparer le vice, cette intention s'induit du fait (2). Alors même que le fait est constaté par écrit, cet écrit ne doit contenir aucune des mentions prescrites par l'article 1338 pour la validité de l'acte confirmatif; par sa nature même, la confirmation tacite exclut toute espèce de mention, c'est-à-dire de paroles, de termes ou d'expressions; toutes les conditions qui, dans un acte confirmatif, sont exprimées par des mentions résultent, dans la confirmation tacite, du fait même. Ainsi l'exécution consiste dans le payement qui se fait en vertu d'une obligation nulle, le payement est constaté par une quittance; cet écrit ne doit contenir aucune des mentions prescrites par l'article 1338; ce qui constitue la confirmation, c'est le fait de payer en exécution d'une obligation que le débiteur savait nulle (3).

Si, en principe, il n'y a aucune différence entre la confirmation expresse et la confirmation tacite, il n'en est pas de même en fait. L'avantage de la confirmation expresse est de ne laisser aucun doute sur l'intention de celui qui prend soin de déclarer formellement sa volonté. Au contraire, l'intention de celui qui exécute une obligation nulle peut être et est presque toujours plus ou moins incertaine : il est incertain s'il connaît l'existence de l'acte et du vice qui le rend nul, il est incertain s'il a l'intention de réparer le vice. De là les nombreuses contestations qui s'élèvent sur la confirmation tacite. Nous

(1) Besançon, 27 novembre 1862 (Dalloz, 1862, 2, 214).
(2) Nîmes, 10 mars 1847 (Dalloz, 1848, 2, 175).
(3) Toulouse, 3 février 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4523, 1°).

allons essayer de les ramener à des principes certains.

625. Qui peut confirmer tacitement? Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute. La confirmation tacite est une renonciation, il faut donc que celui qui exécute l'obligation ait le droit de renoncer. Nous avons dit que les communes pouvaient confirmer. Cette confirmation se fait presque toujours tacitement. Une ordonnance royale prescrit des travaux d'embellissement, l'ouverture d'un boulevard; elle met les dépenses qu'occasionneront ces travaux à la charge de la ville, sans que le conseil municipal ait préalablement donné son avis. L'ordonnance était nulle; mais quand, après dix-sept ans d'exécution, la ville de Paris en opposa la nullité, elle fut déclarée non recevable, parce qu'elle avait renoncé au droit d'agir en nullité en exécutant volôntairement l'ordonnance, en poursuivant l'accomplissement des travaux, en donnant à cet effet des alignements réitérés, suivis d'expertises contradictoires pour l'estimation des terrains cédés par suite de ces alignements, le tout conformément aux plans et aux prescriptions de l'ordonnance. Il y avait confirmation tacite (1).

626. Qui doit confirmer? Celui qui a le droit d'agir en nullité. La renonciation ne peut émaner que de celui qui a le droit de renoncer. Ainsi les quittances données par le mari ne peuvent être opposées à la femme comme actes d'exécution, quand c'est la femme seule qui a le droit d'agir en nullité (2). Il a été jugé que le conseil de famille ne peut pas confirmer une vente faite par un mineur sans autorisation ni homologation du tribunal et sans observation des formes légales (3). A vrai dire, il n'y a pas lieu à confirmation proprement dite, la confirmation ne pouvant émaner que de celui qui a le droit de demander la nullité, et certes le conseil de famille et le tribunal ne peuvent agir en nullité. Nous avons dit que l'approbation, qui régulièrement doit précéder l'acte, peut se donner

(1) Rejet, chambre civile, 4 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Expropriation pour cause d'utilité publique*, n° 55, 1°).
(2) Limoges, 29 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 2, 40).
(3) Riom, 16 mai 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4483).

postérieurement. Cela suppose que l'approbation seule suffit; or, pour la vente d'un immeuble appartenant à un mineur, il faut plus que l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, il faut que la vente se fasse dans les formes légales; évidemment ces formes ne peuvent pas être remplies après la consommation de la vente.

627. Il est presque inutile de dire qu'une obligation inexistante ne peut être confirmée par aucun acte d'exécution (1). Si l'acheteur paye le prix en vertu d'une vente sans objet, il n'exécute pas la vente, car il n'y a pas de vente; il ne paye pas de prix, car il n'y a pas de prix; il paye ce qu'il ne doit pas, et il peut répéter ce qu'il a payé. Nous n'en faisons la remarque que pour rappeler qu'il y a un cas dans lequel la loi admet par exception la confirmation d'une obligation inexistante, c'est le cas de l'article 1340, que nous avons déjà expliqué et sur lequel nous reviendrons encore plus loin.

628. Pour la validité de l'acte confirmatif, il faut que l'écrit mentionne la substance de l'acte. Il faut décider par voie d'analogie que la confirmation tacite suppose la connaissance de l'existence du contrat que l'on prétend confirmé par des faits d'exécution. La raison nous dit que l'on ne peut exécuter ni confirmer une obligation dont on ignore l'existence (2). Ce cas s'est présenté devant la cour de cassation. La cour qualifie les faits d'étranges : heureusement ils ne sont guère dans le cas de se représenter. Il suffit de dire que des actes frauduleux avaient dépouillé de leurs biens des enfants mineurs. On prétendit ensuite qu'ils avaient confirmé ces actes de spoliation. Pour confirmer un acte, dit la cour, il faut le connaître; or, les enfants ignoraient la transmission frauduleuse des domaines que leur père possédait à sa mort. N'ayant pas même connaissance de l'acte qui avait opéré la transmission, comment auraient-ils eu l'intention de réparer le vice de fraude qui le rendait nul? Ce n'est que dans le

(1) Duranton, t. XIII, p. 295, n° 281.
(2) Rennes, 28 avril 1830 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 485, 2°).

cours d'une instance judiciaire que les actes frauduleux furent révélés, et les enfants, loin de les confirmer, en demandèrent l'annulation. La cour de Dijon les annula et la cour de cassation rejeta le pourvoi que les spoliateurs osèrent former; leurs trames avaient été si bien ourdies que le débat fut porté jusque devant la chambre civile (1).

629. La connaissance de l'acte nul ne suffit point. Il faut que celui qui exécute l'obligation ait connaissance du vice qui la rend nulle. Ceci est un point essentiel. Nous avons déduit cette condition du texte de l'article 1338 (n° 621); le bon sens suffit pour l'admettre : confirmer, c'est renoncer, et on ne renonce pas à un droit que l'on ignore. Le principe est admis par la doctrine (2) et la jurisprudence (3). Ce point est essentiel : aussi les difficultés abondent. Dans la confirmation expresse, la mention du vice est requise pour qu'il soit certain que celui qui confirme avait une connaissance précise du vice qui lui donnait le droit d'agir en nullité. Cette même certitude doit exister dans la confirmation tacite. Il y a sur ce point un arrêt très-important de la cour de cassation rendu au rapport de Laborie et sur les conclusions conformes de l'avocat général Nicias-Gaillard; nous croyons qu'il pose les vrais principes.

La confirmation est une renonciation; or, il est de principe général que la renonciation à un droit ne se présume pas, qu'elle doit résulter d'un acte ou d'un fait qui ne laisse aucune incertitude sur l'intention du renonçant. L'article 1338 ne fait qu'appliquer ce principe à la confirmation. Qu'elle soit expresse ou tacite, dit le troisième alinéa, elle emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'obligation viciée; or, la renonciation à l'action en nullité qui résulte du vice implique la connaissance du vice et l'intention de le réparer. Le premier alinéa le dit de l'acte confirmatif; ce

(1) Rejet, 12 juillet 1837 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4520, 2°).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 585, n° 310 *bis*.
(3) Rejet, 27 mars 1812 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 3619) et 24 janvier 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4521). Cassation, 24 juillet 1839 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 3216, 2°). Rejet, de la cour de cassation de Belgique, 20 avril 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 1, 168).

que la loi dit de la confirmation expresse s'applique par identité de raison à la confirmation tacite : pour l'une comme pour l'autre, la connaissance du vice de l'acte est la condition nécessaire de la confirmation et de la fin de non-recevoir qui en résulte contre l'action en nullité. De ces prémisses qui sont incontestables, la cour déduit une conséquence qui ne saurait être contestée : « Il ne suffit pas que les vices de l'acte aient *pu être connus* de celui qui en demande l'annulation; il doit être constant que celui-ci en a *eu réellement connaissance* pour induire de l'exécution une renonciation de sa part à ses moyens de nullité ». Dans l'espèce, on prétendait que les héritiers du donateur avaient confirmé la donation en l'exécutant. La donation faite par contrat de mariage était nulle, d'abord parce que le contrat portait une date postérieure à la célébration du mariage, ce qui entraînait la nullité de l'acte et des libéralités qu'il renfermait. Il y avait une seconde cause de nullité, défaut d'assistance des témoins dont le concours est nécessaire pour la solennité et la validité du contrat. La cour de Riom, tout en posant en principe que l'exécution n'emporte renonciation aux moyens de nullité, que si elle a été faite avec connaissance des vices dont la donation était entachée, admit la confirmation, parce que les héritiers avaient connu *ou dû connaître* les vices, qu'ils avaient *pu ou dû* les vérifier, qu'il avait dépendu d'eux d'en avoir connaissance. La cour de cassation dit avec raison que l'arrêt attaqué, en le jugeant ainsi, avait formellement violé l'article 1338 (1).

630. Puisque la confirmation tacite implique la connaissance certaine du vice qui rend l'obligation nulle, il faut dire, avec la cour de cassation, que la connaissance probable ne suffit point; la probabilité n'est qu'une conjecture, et la loi ne se contente pas d'une connaissance conjecturale. Une vente est attaquée par les héritiers du vendeur, pour cause de lésion. Le vendeur avait survécu plus de vingt et un mois à la vente par lui consentie; le délai de deux ans que l'article 1676 accorde pour agir en

(1) Cassation, 29 juillet 1856 (Dalloz, 1856, 1, 292).

rescision était donc près d'expirer. Pendant tout ce temps, dit la cour de Poitiers, le vendeur, loin d'annoncer d'une manière quelconque l'intention d'attaquer la vente, a continuellement manifesté la volonté de la maintenir; il a délivré la chose vendue, il a exécuté les travaux que le contrat lui imposait, il a fait commandement à l'acquéreur de payer la portion exigible de la rente viagère qui formait le prix de la vente. L'arrêt ajoute que ces faits d'exécution ne sont pas d'une date assez rapprochée de l'époque du contrat pour que le temps ait manqué au vendeur de découvrir la lésion. Ici il y a erreur; la loi exige une connaissance certaine du vice, la cour se contente d'une connaissance conjecturale. C'était violer la loi; l'arrêt fut cassé (1).

631. Du même principe la cour de cassation a déduit une autre conséquence. Suffit-il que le juge du fait constate qu'il y a confirmation par l'exécution volontaire de l'acte? Non, dit la cour, car l'exécution volontaire n'emporte confirmation que sous deux conditions : il faut que les actes d'exécution supposent, de la part de celui à qui ils sont opposés, d'abord la connaissance du motif qui donne ouverture à l'action en rescision, puis l'intention de réparer le vice qui entraîne la nullité. L'arrêt attaqué se bornait à dire que l'acte avait été *volontairement exécuté.* Cela ne suffit pas, dit la cour; il fallait constater que l'exécution avait été accompagnée de la connaissance des vices et de l'intention de les réparer. En conséquence, la cour cassa l'arrêt de la cour de Nîmes pour violation de l'article 1338 (2).

Cette décision ne dépasse-t-elle pas la rigueur de la loi? Tout ce que l'article 1338 exige pour qu'il y ait confirmation tacite, c'est que l'exécution de l'obligation viciée soit volontaire et qu'elle ait lieu à une époque où l'obligation peut être valablement confirmée. Il résulte, à la vérité, de là que celui qui exécute l'acte doit connaître les vices dont il est entaché; mais en disant qu'il a exécuté

(1) Cassation, 19 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 31).
(2) Cassation, 25 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 1, 425).

l'acte volontairement, on dit par cela même qu'il a eu connaissance des vices, car une exécution faite dans l'ignorance des vices n'est pas une exécution volontaire. Il suffit donc, d'après le texte, de constater que l'acte a été volontairement exécuté pour qu'il soit établi que l'exécution a été accompagnée de la connaissance des vices. S'il faut s'attacher rigoureusement à la loi, il n'en faut cependant pas outrer la rigueur.

632. Peut-on dire qu'il y a exécution volontaire de l'acte vicié quand le vice consiste en une violation de la loi, sans qu'il soit constaté que celui qui a exécuté l'acte connaissait la loi? La jurisprudence admet que les partages d'ascendant sont nuls quand les articles 826 et 832 n'ont pas été observés. Dans une espèce jugée par la cour de Bordeaux, tous les immeubles avaient été mis dans le lot du fils, tandis que le lot de la fille n'était composé que de valeurs mobilières. Le partage était donc nul, d'après la jurisprudence. Mais la fille l'avait exécuté; l'exécution valait-elle confirmation? La cour reconnaît, en principe, que la partie qui exécute volontairement un acte n'est réputée avoir voulu le confirmer qu'autant qu'elle en connaissait le vice au moment de l'exécution. Mais, ajoute l'arrêt, le vice qui entachait le partage est un fait matériel et patent dont la fille copartageante a eu une pleine connaissance au moment de l'acte. Sans doute, elle savait qu'elle n'avait dans son lot que des valeurs mobilières et que son frère recevait tous les immeubles dans le sien. Mais savait-elle aussi que ce fait viciait le partage? On ne saurait prétendre, dit la cour, que la fille a ignoré les conséquences légales de ce fait, car nul n'est censé ignorer la loi. Pour le coup, nous serions tenté de maudire l'adage romain. Une jeune fille est censée connaître la loi, et cette loi est si obscure que les jurisconsultes ne s'accordent pas sur le sens qu'il faut lui donner! La cour ajoute que la copartageante s'était entourée de conseils. Ces conseils auront dû lui dire que la question de savoir si le partage est nul en cas d'inobservation de l'article 832 est très-controversée. La cour finit par dire que c'était au légataire universel de prouver, ce qu'il n'avait pas fait,

l'ignorance ou l'erreur de droit qui, selon lui, empêchent l'exécution du partage de valoir comme confirmation (1). Nous reviendrons sur cette question. Pour le moment, nous nous bornons à conclure que l'exécution n'emporte pas confirmation lorsque le vice est de droit et que celui qui l'exécute n'en avait point connaissance. Le prétendu axiome, que personne n'est censé ignorer la loi est étranger à notre débat; il ne reçoit d'application, comme nous l'avons dit bien des fois, que lorsque l'intérêt public est en cause.

633. Il ne suffit pas que celui qui exécute un acte nul connaisse le vice, il faut aussi qu'il ait l'intention de le réparer. On pourrait croire que celui qui exécute un acte qu'il sait vicié ne peut avoir d'autre intention que de renoncer au droit qu'il a d'agir en nullité. Ce que la loi dit de l'acte confirmatif prouve que cela n'est pas exact. L'article 1338 exige d'abord que l'acte contienne la mention du motif de l'action en rescision, mais il ne se contente pas de la preuve que l'auteur de l'acte connaissait le vice qui l'entachait; il exige de plus qu'il déclare que son intention est de réparer ce vice. C'est cette intention qui constitue l'essence de la confirmation; et comme la confirmation emporte une renonciation à l'action en nullité, la loi n'a pas voulu qu'il y eût le moindre doute sur la volonté de celui qui abdique un droit. A plus forte raison faut-il que l'acte d'exécution prouve non-seulement la connaissance de l'acte et du vice qui l'entache, mais encore l'intention de réparer le vice. C'est ce que la cour de cassation a décidé dans une espèce où les héritiers du donateur avaient connu et exécuté les actes qu'ils attaquèrent après un long silence; la cour de Metz les avait déclarés non recevables. Sur le pourvoi, la cour de cassation jugea que l'arrêt attaqué ne se fondait que sur la connaissance que les héritiers avaient eue des donations, qu'il fallait de plus qu'ils eussent la volonté de renoncer à leur action en nullité (2).

(1) Bordeaux, 23 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 223).
(2) Cassation, 12 juin 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4589, 3°).

634. Quels sont les actes d'exécution qui impliquent renonciation au droit d'agir en nullité? Il est impossible de répondre à cette question en termes généraux; il s'agit de la volonté, donc d'un point de fait. Nous nous bornons à citer quelques exemples empruntés à la jurisprudence, qui est très-nombreuse en cette matière.

L'obligation est nulle; le débiteur le sait, et néanmoins il demande un délai pour payer : est-ce marquer l'intention de confirmer? On peut dire que celui qui veut demander la nullité n'a pas besoin d'un délai; il a un moyen plus énergique de se mettre à l'abri d'une action, c'est de provoquer l'annulation de l'obligation. Mais on peut dire aussi que le débiteur demande un délai uniquement pour prévenir les poursuites, et en attendant qu'il ait réuni les éléments nécessaires de son action. Il reste donc un doute; or, dès que la volonté de renoncer n'est pas certaine, il n'y a pas de confirmation, car on n'admet pas de renonciation par voie de probabilité ou de conjecture. Il y a deux arrêts en ce sens (1).

Il a été jugé que consentir une hypothèque pour sûreté d'une obligation entachée de dol et de fraude n'est pas une confirmation (2). En théorie, nous aurions décidé le contraire; donner une garantie réelle à une obligation, c'est lui donner une force nouvelle : fortifie-t-on une obligation quand on sait qu'elle est nulle et qu'on a l'intention d'en demander la nullité? En fait, la cour peut avoir bien jugé. Celui qui constitue l'hypothèque peut se dire qu'il ne risque rien, que si l'obligation principale est nulle, l'hypothèque le sera aussi; s'il la consent, c'est sans doute parce que le créancier l'exige; c'est donc pour empêcher les poursuites qu'il consent à l'hypothèque, ce qui exclut l'intention de confirmer. On peut dire encore, et il paraît que c'est là le motif qui a entraîné la cour de cassation, que concéder une hypothèque qui n'était pas convenue lors de l'acte principal, ce n'est pas *exécuter* l'acte, c'est

(1) Rennes, 8 avril 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4538, 1°). Lyon, 24 décembre 1852 (Dalloz, 1855, 5, 295).

(2) Rejet, 20 décembre 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5043, 8°).

y *ajouter*. Mais ce motif n'est pas satisfaisant, car il peut y avoir d'autres moyens de confirmer une convention que de l'exécuter.

635. L'exécution partielle peut-elle être invoquée comme confirmation tacite? Domat dit formellement que le mineur confirme une obligation consentie pendant sa minorité si, devenu majeur, il fait un payement à son créancier *du tout* ou *d'une partie*. La cour de cassation a jugé dans le même sens, sur les conclusions de Merlin, mais le débat ne portait pas sur l'exécution partielle; ce point ne fut pas même discuté, sans doute parce qu'il paraissait incontestable (1). C'est l'avis des auteurs modernes (2). L'intention de confirmer est, en effet, la même, que l'exécution soit partielle ou totale; or, dès qu'il y a volonté de confirmer, la confirmation existe et l'obligation est validée.

636. Des offres faites par le débiteur d'exécuter l'obligation emportent-elles confirmation tacite? La cour de cassation a jugé que des offres non acceptées n'étaient pas une exécution du contrat et, par conséquent, n'emportaient pas renonciation à l'action en nullité (3). Cela n'est-il pas trop absolu? Sans doute, des offres d'exécuter ne sont pas une exécution; mais là n'est pas la question. Ne peut-il y avoir d'autres cas de confirmation tacite? Tout acte manifestant avec certitude la volonté de confirmer n'est-il pas une confirmation (n° 621)? et l'offre sérieuse d'exécuter un contrat n'est-elle pas une marque de la volonté d'exécuter? La cour d'appel, dans l'espèce, avait motivé autrement la décision qui a été confirmée par la cour de cassation. Au moment où l'offre avait été faite, le débiteur ignorait le vice qui entachait l'acte; dès lors l'offre d'exécuter ne pouvait pas manifester l'intention de le réparer.

637. On voit que les faits d'exécution peuvent être

(1) Rejet, 4 thermidor an IX (Merlin, *Questions de droit*, au mot *Mineur*, § III. T. X, p. 210).
(2) Toullier, t. IV, 2, p. 458, n° 508.
(3) Rejet, chambre civile, 8 avril 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 547). Cassation, 18 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 1, 127).

douteux, en ce sens qu'il est incertain si celui qui les a posés a l'intention de confirmer l'acte. De là la question de savoir si celui qui exécute peut, en faisant des réserves, conserver le droit d'agir en nullité. La cour de cassation a cassé un arrêt qui avait admis les réserves. « Il est de principe, dit-elle, consacré par l'ancienne et la nouvelle jurisprudence, que des réserves et protestations contre un acte que l'on exécute spontanément, et que l'on pouvait, dès lors, se dispenser d'exécuter, sont sans force et sans efficacité, comme étant inconciliables et incompatibles avec l'exécution que l'on poursuit (1). » Cette décision est trop absolue et dépasse certainement l'intention de la cour. Dans l'espèce, les faits d'exécution étaient tels, qu'ils ne pouvaient laisser aucun doute sur la volonté de confirmer l'acte nul; on pouvait donc appliquer le vieil adage que la protestation est inopérante quand elle est en contradiction avec le fait contre les conséquences duquel on proteste; on ne peut pas tout ensemble confirmer et protester que l'on ne confirme pas. Mais il y a bien des cas dans lesquels l'intention de confirmer est douteuse; pourquoi ne pourrait-on pas déclarer, dans ces cas, que l'on n'entend pas confirmer? C'est ce que la cour de cassation a décidé dans une autre espèce. Il s'agissait de la vente de la chose d'autrui; le propriétaire avait reçu les comptes et valeurs à lui transmis après la vente, mais en protestant formellement contre la vente et en faisant la réserve expresse d'une demande en nullité et en revendication. Malgré ces réserves, la cour d'appel avait déclaré la demande en nullité non recevable; sa décision a été cassée (2).

638. On demande si les actes d'exécution peuvent être appréciés par la cour de cassation, ou si l'appréciation du juge du fait est souveraine? D'ordinaire la cour prononce des arrêts de rejet, en déclarant que c'est aux juges du fait à décider, d'après les circonstances de la cause, s'il y a intention de confirmer, et que leur décision

(1) Cassation, 28 juillet 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4528, 1°).
(2) Cassation, 18 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 1, 127).

sur ce point est souveraine (1). Mais il ne faut pas entendre ces décisions en ce sens que la cour de cassation ne puisse apprécier le caractère légal des faits tels qu'ils sont constatés par la cour d'appel : les arrêts de cassation que la cour a rendus en cette matière prouvent que la cour n'entend pas abdiquer le droit qui lui appartient d'apprécier le caractère légal des faits et de juger, en conséquence, s'il y a ou non confirmation. Nous nous bornons à citer un arrêt récent, qui établit nettement le droit de la cour suprême. La cour de Rennes avait admis la confirmation d'une vente nulle, en se fondant sur les faits suivants. L'acheteur avait acquis l'immeuble d'un seul des copropriétaires, lequel s'était porté fort pour les autres. On prétendait que ces derniers avaient confirmé la vente, qui était nulle comme vente de la chose d'autrui. L'acheteur avait pris possession de l'immeuble en présence de tous les copropriétaires; il avait procédé, avec son vendeur, à une visite des lieux, avec estimation, par experts, des superficies et édifices compris dans la chose vendue; il en avait payé le prix, partie à d'anciens propriétaires à la décharge des copropriétaires de son vendeur, partie à ce dernier pour son compte et pour celui des autres intéressés non légalement représentés à la quittance. De plus, l'immeuble n'avait pas été compris dans une déclaration de mutation faite à la suite du décès de l'un des copropriétaires auquel les autres avaient succédé. La cour de cassation commence par rappeler le principe que nul n'est présumé renoncer à son droit; c'est par application de ce principe que l'exécution volontaire d'un acte n'élève une fin de non-recevoir contre l'action en nullité dont il est l'objet que lorsque l'exécution alléguée implique *directement* et *nécessairement*, contre celui à qui on l'oppose, la preuve qu'il a eu connaissance du vice et l'*intention formelle* de le couvrir et de le réparer. Quand la cour d'appel décide que les parties intéressées ont connu, approuvé et confirmé l'acte, cette affirmation ne peut tirer sa force

(1) Rejet, 28 février 1855 (Dalloz, 1855, 1, 81) et les arrêts cités par Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4549).

légale que des faits mêmes qui lui servent de fondement. A cet égard, la cour de cassation est compétente pour contrôler et reviser, au point de vue juridique, l'appréciation de ces faits. Or, dit l'arrêt, les faits relatés ne sont pas personnels aux demandeurs en nullité; en outre, ils se rapportent tous à des faits extérieurs qui constituent tout au plus une certaine notoriété plus ou moins vague; on ne peut pas même en induire la preuve que les demandeurs ont connu la nullité de la vente, bien moins encore qu'ils ont voulu la couvrir; car il n'y a pas un seul fait propre et direct à leur charge qui tende à justifier que telle était en effet leur intention (1).

N° 2. APPLICATION DU PRINCIPE.

I. *Des mineurs.*

630. L'article 1311 porte que le mineur n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité. Cette confirmation peut-elle être tacite? L'affirmative n'est pas douteuse; il est vrai que l'article 1311 ne parle pas de la confirmation tacite, mais le mot *ratifier* dont la loi se sert s'applique à la confirmation tacite aussi bien qu'à la confirmation expresse; l'une et l'autre ont pour objet de ratifier l'acte nul, en renonçant à l'action en nullité. L'article 1311 ne fait que poser le principe; nous en trouvons l'application dans l'article 1338, qui met l'exécution volontaire sur la même ligne que la confirmation expresse par un acte confirmatif. Cela est de jurisprudence (2).

Les conditions de la confirmation tacite sont identiques pour le mineur et pour le majeur. Il faut que les faits posés par le mineur après sa majorité expriment clairement et nécessairement l'intention de confirmer l'acte nul fait en minorité. La cour de Lyon dit très-bien

(1) Cassation, 28 novembre 1866 (Dalloz, 1866, 1, 469). Comparez les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 4550.
(2) Bruxelles, 10 janvier 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 19). Rejet, de la cour de cassation de Belgique, 4 avril 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 1, 179).

que cette règle n'est qu'une application particulière de la maxime générale que nul n'est censé, s'il n'y a preuve contraire, avoir renoncé à son droit (1). La cour de cassation dit de même que l'exécution doit impliquer directement et nécessairement l'intention formelle de renoncer à l'action en nullité (2). De là suit que le silence du mineur devenu majeur et son inaction ne suffisent point pour entraîner sa renonciation. Il a été jugé que le mineur qui continue à posséder les biens mis dans son lot par un partage irrégulier, n'est pas censé confirmer ce partage. Le silence du mineur doit continuer pendant tout le temps requis pour la prescription pour que la loi en induise la confirmation tacite de l'acte nul (3). Mais si le mineur, parvenu à sa majorité, exécute une vente irrégulière faite pendant sa minorité, cette exécution d'un acte qu'il ne peut être contraint d'exécuter ne peut s'expliquer autrement que par sa volonté de l'approuver. Jugé ainsi par la cour de Bruxelles. On objectait que l'acheteur n'était pas intervenu à l'acte d'exécution. L'objection reposait sur une erreur. La confirmation n'est pas une convention qui exige le concours de volontés des deux parties contractantes, c'est une renonciation donnée par celui qui a le droit d'attaquer l'acte à raison de son incapacité ; quant à l'autre partie, la vente étant valable à son égard, il n'est pas nécessaire qu'elle concoure à l'acte d'exécution (4).

640. Il y a des actes intéressant le mineur qui donnent lieu à des difficultés particulières. Tel est le compte de tutelle. Le tuteur cède tous les droits du mineur dans une société dont son auteur décédé était l'associé ; il mentionne le prix de la cession dans son compte de tutelle. Y a-t-il confirmation de l'acte nul quand le mineur devenu majeur approuve le compte après avoir pris connaissance de tous les titres relatifs à la succession? La cour de Dijon a admis la confirmation, et sur le pourvoi

(1) Lyon, 3 août 1850 (Dalloz, 1854, 5, 634 et suiv.).
(2) Cassation, 28 novembre 1866 (Dalloz, 1866, 1, 469).
(3) Bruxelles, 21 janvier 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 300).
(4) Bruxelles, 19 avril 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 149 ; Dalloz, n° 2988, 4°).

il est intervenu un arrêt de rejet (1). La décision nous paraît douteuse. Le compte de tutelle ne faisait pas connaître au mineur la nullité de la cession; il eût fallu constater qu'il avait eu connaissance de cet acte, ainsi que du vice qui l'entachait. Et qu'est-ce qu'un mineur, étranger à ses affaires, ignorant le plus souvent les plus simples notions de droit, sait des vices qui rendent nulle une cession de ses droits dans une société?

641. Les partages faits par le tuteur, sans l'observation des formes légales, peuvent-ils être confirmés? Ces partages sont provisionnels, c'est-à-dire qu'ils ne sont valables que pour la jouissance. La question est donc de savoir si un partage de jouissance peut être transformé en partage définitif par une confirmation expresse ou tacite. Nous avons décidé la question négativement (t. X, n°283); c'est l'opinion contraire qui domine dans la jurisprudence. Les principes que nous venons d'exposer viennent à l'appui de notre opinion, nous semble-t-il. Confirmer, c'est renoncer au droit d'agir en nullité. Or, le partage provisionnel n'est pas nul; l'action qui appartient au mineur n'est pas une action en nullité; à quoi donc renoncerait-il? Il a le droit de demander un nouveau partage; mais un nouveau partage est une nouvelle convention, et pour la validité de cette convention, il faut plus que la volonté du mineur, il faut un concours de volontés, ce qui nous place en dehors des principes qui régissent la confirmation.

642. Il y a un acte et un des plus importants, le contrat de mariage, que le mineur peut faire pendant sa minorité, à condition d'être assisté par ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage. C'est une disposition spéciale et exceptionnelle qui ne peut recevoir son application qu'aux conventions matrimoniales proprement dites; nous reviendrons sur ce point au titre qui est le siége de la matière. Il suit de là que le mineur ne peut faire aucune renonciation étrangère à l'objet du contrat de mariage; donc il ne peut confirmer

(1) Rejet, 9 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1 165).

une vente nulle. Il faut maintenir, à cet égard, le principe établi par l'article 1311; les actes faits en minorité ne peuvent être confirmés par le mineur que lorsqu'il est devenu majeur. La jurisprudence est divisée (1).

643. Le mineur peut avoir deux actions : la renonciation à l'une entraîne-t-elle sa renonciation à l'autre? Non, et sans doute aucun, puisque les renonciations sont de droit étroit. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans le cas d'un partage irrégulier, donc nul en la forme; en outre le mineur était lésé de plus du quart. Ces deux actions n'ont rien de commun; l'une n'appartient qu'au mineur, l'autre appartient au mineur et au majeur. De là suit que la réparation de l'un des vices ne répare pas l'autre (2).

2. CONFIRMATION DES DONATIONS NULLES EN LA FORME.

644. Le donateur ne peut pas confirmer la donation nulle en la forme, mais la loi permet à ses héritiers de la confirmer soit expressément soit tacitement. Nous avons dit les raisons de ces dispositions singulières (art. 1339 et 1340). Quant à la confirmation tacite, l'article 1340 se sert de l'expression qui se trouve dans l'article 1338 : l'*exécution volontaire* de la donation. Il faut dono appliquer à la confirmation tacite faite par les héritiers du donateur, ce que nous venons de dire de la confirmation en général.

Qu'est-ce que l'exécution volontaire? Nous avons dit que l'on entend par là l'exécution faite en connaissance du vice et avec l'intention de le réparer. La cour de cassation a consacré cette interprétation. On prétendait que les héritiers avaient confirmé la donation faite par le défunt. Pour que l'exécution, dit la cour, produise le même effet que l'acte confirmatif, il faut qu'elle soit volontaire. Or, l'arrêt attaqué constatait que la veuve avait agi sans

(1) Grenoble, 5 août 1859. Limoges, 29 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 2, 39 et suiv.). En sens contraire, Grenoble, 10 juillet 1860 (*ibid.*, p. 40).

(2) Rejet, chambre civile, 8 février 1841 (Dalloz, au mot *Prescription*, nº 637, 2º).

connaissance de cause, ignorant les moyens de nullité qu'elle pouvait faire valoir contre la donation. Donc l'exécution n'était pas volontaire dans le sens de la loi; on ne peut renoncer à un droit que l'on ignore (1). Il va sans dire que les héritiers doivent connaître le vice au moment même où ils exécutent l'acte; la connaissance qu'ils en obtiendraient postérieurement ne les empêche pas d'agir en nullité; il faut dire, au contraire, que c'est cette connaissance qui leur donne la faculté d'agir (2).

645. Merlin admet que les héritiers sont toujours censés connaître les vices de forme, parce qu'ils sont apparents et qu'il suffit de lire l'acte pour les connaître. La cour de Riom avait appliqué ce principe; son arrêt a été cassé et il devait l'être (3). Personne n'est présumé renoncer à son droit : tel est le point de départ de la théorie du code sur la confirmation; il ne peut donc être question d'une renonciation ni partant d'une confirmation qui n'a d'autre fondement qu'une connaissance *présumée* du vice dont l'acte est entaché; il faut une connaissance réelle, certaine, et une intention aussi certaine de réparer le vice. Le prétendu principe de Merlin est donc en opposition avec la doctrine que le code a consacrée. Il tient à cette vieille maxime, qui n'est qu'un vieux préjugé, que personne n'est censé ignorer le droit. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 632).

646. La jurisprudence est en ce sens. On prétendait que les héritiers avaient confirmé une institution contractuelle par cela seul qu'ils avaient payé les droits de mutation dus pour cette donation. Tout ce que l'on peut induire de là, dit la cour de Metz, c'est que les héritiers n'étaient pas encore décidés à attaquer l'acte de donation, mais on n'en peut pas conclure qu'ils eussent la volonté de l'exécuter. Il faut pour cela un fait positif et qui ne laisse aucun doute (4). Peu importe qu'il s'agisse de vices

(1) Rejet, 25 novembre 1824 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4590). Comparez Bourges, 23 mai 1840 (Dalloz, n° 4591, 4°).
(2) Amiens, 2 avril 1840 (Dalloz, n° 4591, 3°).
(3) Riom, 13 mars 1855 (Dalloz, 1855, 2, 183).
(4) Metz, 2 mars 1840 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4593, 2°).

de forme ; il faudrait, au moins, dit la cour de cassation, que les héritiers eussent pris connaissance de l'acte (1); il faudrait plus, on peut lire un acte sans être frappé des vices de forme qui l'entachent; le juge du fait doit donc constater que les héritiers connaissaient les vices de la donation. Le silence des héritiers ne suffit point : c'est le droit commun (n° 639) (2).

3. PARTAGE D'ASCENDANT.

647. Les partages donnent lieu à des difficultés spéciales, en ce qui concerne leur confirmation. Nous avons expliqué, au titre des *Successions*, la disposition de l'article 892 et nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Donations et Testaments*, sur le partage d'ascendants. La grande difficulté est de savoir si le partage entre-vifs peut être confirmé du vivant de l'ascendant. Quant à la confirmation même, elle reste soumise au droit commun; il faut connaissance du vice et intention de le réparer (3). La confirmation tacite se fait par l'exécution du partage, il faut que cette exécution soit volontaire, en ce sens que les copartageants aient la volonté de confirmer (4).

§ V. *Preuve de la confirmation.*

648. Dès qu'il s'agit de la preuve d'un fait juridique, les incertitudes et les difficultés abondent. Quand la confirmation est expresse, les parties dressent d'ordinaire un acte; nous renvoyons à ce qui vient d'être dit de l'acte confirmatif. Si c'est un écrit sous seing privé, devra-t-il être fait en plusieurs originaux? Non, à moins que la confirmation ne se fasse par voie de transaction, de sorte qu'il y ait une convention synallagmatique. Par elle-même la confirmation est un fait unilatéral qui ne tombe pas

(1) Rejet, chambre civile, 31 janvier 1844 (Dalloz, n° 4594, 2°).
(2) Cassation, 12 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4589). Bordeaux, 6 août 1834 (Dalloz, au mot *Biens*, n° 236).
(3) Agen, 28 mai 1850 (Dalloz, 1852, 2, 8).
(4) Angers, 25 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 2, 30).

sous l'application de l'article 1325 ni de l'article 1326. Il suffit donc de la signature requise pour tout acte et des formes prescrites par l'article 1338.

649. Quand la confirmation se fait par l'exécution de l'acte, la preuve est régie par le droit commun, puisque le code n'y déroge point. Quel est ce droit commun? Il s'agit de savoir si la preuve testimoniale et les présomptions sont admises. Celui qui invoque la confirmation doit d'abord prouver les faits d'exécution. Si les faits sont des faits purs et simples, ils peuvent être prouvés par témoins et partant par des présomptions ; si ce sont des faits juridiques, la preuve testimoniale et, par suite, les présomptions ne sont plus admissibles. Aliéner, recevoir un payement : voilà des faits juridiques qui ne se prouvent par témoins que lorsque le montant du litige ne dépasse pas 150 francs. Faire des constructions ou des travaux quelconques sur un immeuble : voilà des faits matériels dont la preuve testimoniale est admise indéfiniment.

La cour de cassation a consacré ces principes. Recevoir des loyers est un fait juridique; l'usage et la plus simple prudence veulent que celui qui paye retire une quittance; cependant un tribunal avait admis, par présomption, que des loyers avaient été touchés et il en avait conclu que la nullité était couverte par la confirmation. L'erreur était évidente; la décision a été cassée (1). L'arrêt de la cour ne fait qu'appliquer les principes élémentaires en fait de preuve. C'est précisément la connaissance de ces principes qui fait défaut et qui est la cause de tant d'erreurs (2).

650. La connaissance du vice et l'intention de le réparer doivent aussi être prouvées. C'est toujours le droit commun qui régit la preuve. Ces faits ne sont pas de nature à être constatés par écrit. Il peut y avoir une preuve littérale, la correspondance des parties, par exemple. Mais

(1) Cassation, 9 mai 1842 (Dalloz, au mot *Organisation de l'Algérie*, n° 853).
(2) Voyez la critique que Dalloz fait de l'arrêt, au mot *Obligations*, n° 4525.

on ne peut pas exiger un écrit, parce qu'il n'a pas dépendu de celui qui doit prouver la connaissance du vice, et l'intention de le réparer, de se procurer une preuve littérale de ces faits. Il peut donc invoquer l'article 1348: la preuve se fait le plus souvent par présomptions, c'est-à-dire qu'elle s'induit des circonstances de la cause.

Il a été jugé que le mari qui n'autorise pas sa femme doit connaître le vice, d'où l'arrêt conclut qu'il n'y a rien à prouver (1). Le fait, certes, il le connaît, mais il peut ignorer les conséquences légales du fait, c'est-à-dire qu'il peut ignorer le droit. La cour admet implicitement que personne n'est censé ignorer le droit. Fausse maxime, à notre avis, quand il s'agit d'intérêts purement privés. Il faut donc prouver que le mari avait connaissance du vice, c'est-à-dire qu'il savait que le défaut d'autorisation viciait l'acte consenti par la femme.

651. Le débiteur exécute un acte nul. Qui doit prouver qu'il connaissait le vice et qu'il a l'intention de le réparer? Il y a eu quelque hésitation sur ce point dans la doctrine et dans la jurisprudence. Il faut appliquer les principes élémentaires qui imposent le fardeau de la preuve à celui qui forme une demande et à celui qui y oppose une exception. Le demandeur en nullité doit prouver le fondement de sa demande, c'est-à-dire la cause de nullité, le vice qui entache l'acte litigieux. A cette demande, le défendeur oppose que le vice est couvert par la confirmation tacite résultant de l'exécution de l'acte. Suffit-il pour cela qu'il prouve un fait quelconque d'exécution? Non, car l'exécution doit être volontaire pour qu'il y ait confirmation, ce qui veut dire que celui qui exécute doit avoir connu le vice et avoir l'intention de le réparer. Donc c'est à celui qui oppose la confirmation de prouver tous les éléments constitutifs de la confirmation.

La question est cependant controversée. Merlin avait d'abord soutenu que celui qui se prévalait de la confirmation devait prouver que la partie obligée avait, en exécutant l'acte, connaissance du vice et partant l'inten-

(1) Rejet, 1er février 1843 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4530, 1°).

tion de le réparer. Toullier critique cette opinion; elle est contraire, dit-il, à l'article 1338 qui porte expressément qu'à défaut d'acte de confirmation, il *suffit* que l'obligation soit exécutée volontairement. Si l'exécution volontaire *suffit*, celui au profit duquel le contrat est confirmé par l'exécution n'a donc rien autre chose à prouver. Il n'est pas tenu de prouver que le débiteur connaissait le vice du contrat quand il l'a volontairement exécuté; c'est, au contraire, à ce dernier de prouver qu'il ne le connaissait pas. Toullier oublie que l'exécution doit être *volontaire* et que c'est l'exécution *volontaire* qui doit être prouvée; or, pour que l'exécution soit volontaire, il faut que le débiteur connaisse le vice et qu'il ait l'intention de le réparer. Le texte témoigne donc contre l'interprétation que Toullier lui donne. Toutefois l'argumentation de Toullier engagea Merlin à rétracter son opinion; il ajoute que, l'erreur ne se présumant pas, c'est à celui qui l'invoque de la prouver (1). Le nouvel argument ne vaut pas mieux que celui de Toullier. Sans doute, si un acte est attaqué pour vice d'erreur, celui qui fonde sa demande ou son exception sur l'erreur en doit faire la preuve. Mais, dans l'espèce, le demandeur en nullité n'invoque pas l'erreur où se trouvait le débiteur qui a exécuté l'acte, il ne doit pas prouver que l'acte n'a point été confirmé ; la confirmation est une exception que le défendeur oppose à sa demande, le défendeur qui allègue la confirmation doit donc en prouver l'existence (2).

La jurisprudence s'est prononcée contre l'opinion de Toullier et de Merlin. Une femme demande la nullité d'une obligation contractée sans autorisation maritale. Que doit-elle prouver? Qu'elle était mariée et qu'elle n'a pas été autorisée. Si les tiers qui ont traité avec elle lui ont reconnu la qualité de femme mariée dans l'acte même, alors la femme n'a rien à prouver. On lui oppose la confirmation par l'exécution volontaire de la convention.

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 467, n° 519. Merlin. *Répertoire*, au mot *Ratification*, n° 9 ; *Questions de droit*, au mot *Ratification*, § V, n° 5.
(2) Larombière, t. IV, p. 627, n° 37 de l'article 1338 (Ed. B., t. III, p. 133). Aubry et Rau, t. IV, p. 267, note 22, § 337.

Que doivent prouver les défendeurs? Que la femme a exécuté volontairement à une époque où elle était capable de confirmer, c'est-à-dire après la mort de son mari. Le débat portait sur ce dernier point : la cour a décidé que c'était aux défendeurs d'en faire la preuve (1).

652. Les auteurs admettent une exception à ces principes pour l'erreur de droit. Quand le défendeur a établi le fait de l'exécution et prouvé que le débiteur connaissait le vice, c'est, dit-on, au débiteur qui prétend ignorer les conséquences juridiques de ce fait, de justifier de cette erreur de droit, parce que personne n'est censé ignorer la loi (2). Nous n'admettons pas cette maxime dans les relations d'intérêt privé, partant nous rejetons l'application que l'on en fait à la confirmation. La distinction que l'on établit entre l'ignorance de droit et l'ignorance de fait n'est consacrée par aucun texte, elle est en opposition avec les dispositions générales du code, comme nous l'avons prouvé en traitant de l'erreur (t. XV, n° 507).

§ VI. *Effet de la confirmation.*

N° 1. ENTRE LES PARTIES.

653. La confirmation rétroagit au jour où l'obligation a été contractée. Cela résulte de l'essence même de la confirmation. C'est une simple renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte nul. Tels sont les termes de l'article 1338. La renonciation purge l'acte du vice qui l'entachait, c'est donc toujours la même obligation qui subsiste et qui produit naturellement ses effets du jour où elle a été contractée. Le principe est admis par tout le monde, il est donc inutile d'y insister(3).

(1) Alger, 27 juin 1855 (Dalloz, 1856, 2, 275). Comparez Bruxelles, 8 février 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 57); et sur pourvoi, le réquisitoire de l'avocat général Dewandre; la cour n'a pas décidé la question (*Pasicrisie*, 1841, 1, 170 et suiv.).

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 267, note 23, § 337. Rejet, 11 juillet 1859 (Dalloz, 1859, 1, 323).

(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 269, note 34, § 337, et les auteurs qui y sont cités.

654. La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions, dit l'article 1338. Cette disposition est conçue dans les termes les plus généraux, elle s'applique donc à toute exception, même à celle de non-payement. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce où l'acte authentique portait quittance et libération. Opposer l'exception de non-payement, dit la cour, ce serait, au fond, demander la nullité ou la rescision partielle de l'acte en ce qui concerne la quittance qui y est contenue ; or, cette exception est couverte, comme toutes les autres, par l'exécution volontaire que l'acte a reçue ; car l'article 1338 est général, il embrasse tous les moyens de nullité ou de rescision, soit absolus, soit partiels, qu'une partie aurait pu opposer contre l'acte avant de l'avoir volontairement exécuté (1). Cette décision nous laisse quelque doute. Il n'est pas exact de dire que l'exception de non-payement tend à annuler l'acte. Le non-payement n'est pas un vice qui entache l'acte, l'acte peut être parfaitement valable, quoique le débiteur ne paye pas. Si l'écrit qui constate la convention constate le payement, cette quittance fait foi de la libération, sauf à attaquer l'acte par l'inscription en faux ou par la preuve contraire.

655. La rédaction de l'article 1338 est trop absolue. Il n'est pas exact de dire que celui qui confirme renonce à tous les moyens de nullité qu'il pouvait opposer à l'acte. Quand il y a plusieurs causes de nullité, il faut voir si celui qui confirme l'acte avait connaissance de tous les vices qui l'entachaient et s'il avait l'intention de les réparer tous. S'il ne connaît que l'un des vices au moment où il confirme, il est bien certain que les autres ne seront pas effacés. Et en supposant qu'il les connaisse tous, il faut encore voir si son intention est de les couvrir tous. Dans la confirmation constatée par un acte confirmatif, cela est d'évidence, car l'acte doit indiquer la cause de nullité que le débiteur veut couvrir; s'il y a un autre vice, il ne sera pas réparé, par cela seul qu'il n'aura pas été mentionné. Dans la confirmation tacite, il est plus difficile de dire

(1) Cassation, 5 janvier 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4551).

quels sont les vices que le débiteur a voulu effacer en exécutant la convention; mais ce ne sont que des difficultés de fait; le principe est identique (1).

La jurisprudence est en ce sens. Une mère exécute le contrat de mariage où elle a figuré; elle en demande ensuite la nullité. On lui oppose la confirmation résultant de l'exécution volontaire. La mère répond qu'à l'époque où elle a posé les actes d'exécution elle avait seulement des droits à exercer de son chef; c'est à ces droits qu'elle a renoncé en exécutant l'acte. Plus tard, elle hérita de sa fille et elle eut des droits à exercer du chef de sa fille : Peut-on dire qu'en exécutant le contrat de mariage elle avait renoncé à des droits qui n'étaient pas encore ouverts? La cour de cassation a très-bien jugé que l'on ne peut renoncer à des droits que l'on n'a pas. Elle cite, par analogie, l'article 2050, aux termes duquel celui qui, ayant transigé sur un droit qu'il avait de son chef, acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, n'est pas lié, quant à ce droit nouveau, par la transaction antérieure : il y a même raison de décider pour la confirmation (2).

Un mineur achète un immeuble conjointement avec d'autres personnes et se soumet à la solidarité pour le payement du prix. Il a deux actions : d'abord il peut agir en réduction de son engagement, en prouvant qu'il est excessif. Il peut de plus attaquer la clause de solidarité comme excédant les bornes de sa capacité. Ce sont deux actions différentes, l'une en réduction, l'autre en nullité. La cour de Toulouse a jugé que l'intention du mineur, en confirmant la vente, était uniquement de renoncer à l'action en réduction, de sorte qu'il conservait le droit d'attaquer la clause de solidarité. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet; la question concernait l'intention de celui qui confirme; or, le droit de rechercher cette

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 269, note 33, § 337. Larombière, t. IV, p 623, n° 34 (Ed. B., t. III, p. 132). Orléans, 9 janvier 1845 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4583).

(2) Rejet, chambre civile, 18 août 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de Mariage*, n° 312.

intention appartenait au juge du fond, dont l'appréciation, en ce point, est souveraine (1).

656. La confirmation peut aussi être conditionnelle. On applique, dans ce cas, les principes qui régissent la condition; si elle défaillit, il n'y aura jamais eu de confirmation; le débiteur conserve, par conséquent, tous les moyens et exceptions qu'il peut faire valoir contre l'acte.

Le mari, comme administrateur des biens dotaux, peut recevoir les capitaux dus à sa femme, mais il ne peut obliger celle-ci envers les tiers sans son consentement exprès. S'il reçoit pour le compte de sa femme des fonds qui ne lui étaient pas dus, la femme ne sera pas constituée débitrice. Dans l'espèce, la femme avait touché des sommes sans autorisation maritale. La cour de Rouen valida tous ces payements, en donnant pour motif que la femme avait été assistée par son mari dans les divers actes qui avaient pour objet de confirmer les payements à elle faits. Mais la cour avait négligé de spécifier ces actes, de sorte qu'il était impossible de vérifier s'ils réunissaient les conditions exigées par la loi pour opérer la confirmation. On objectait qu'en première instance la femme avait admis formellement à son débit les sommes qu'elle avait irrégulièrement touchées. La cour de cassation répond que c'était dans la supposition que par le résultat du compte, et toute compensation faite, elle serait créancière. C'était donc une confirmation conditionnelle. La condition ne se réalisa point; au lieu d'être créancière, elle devenait débitrice; la condition sous laquelle elle avait renoncé à ses droits faisant défaut, elle restait dans tous ses droits (2).

N° 2. A L'ÉGARD DES TIERS.

I. *Principe.*

657. Après avoir dit que la confirmation ou exécution volontaire emporte la renonciation aux moyens et excep-

(1) Rejet, 29 juin 1857 (Dalloz, 1857, 1, 33).
(2) Cassation, 19 août 1857 (Dalloz, 1857, 1, 339).

tions que l'on pouvait opposer contre cet acte, l'art. 1338 ajoute : « sans préjudice néanmoins du droit des tiers. » Cette restriction a été ajoutée sur les observations du Tribunat. « Si quelqu'un, dit la section de législation, autre que les parties contractantes, est lésé par l'acte de confirmation, il réclamera et, dans le cas où la réclamation serait fondée, la justice y fera droit (1) ». L'explication est aussi vague que le texte. Il faut mieux préciser le principe, car l'application donne lieu à de nombreuses difficultés. Qu'entend-on par tiers et pourquoi la confirmation ne rétroagit-elle pas à leur égard?

L'article 1338 suppose que les tiers ont un droit au moment où se fait la confirmation; la confirmation, si elle rétroagissait, leur enlèverait ce droit; or, ils le tiennent de celui qui confirme après leur avoir accordé ce droit; il peut bien renoncer à la faculté qu'il a d'agir en nullité, mais il ne peut enlever aux tiers, en confirmant, un droit que lui-même leur a concédé. Ainsi, un mineur vend un immeuble; cette vente est nulle. Devenu majeur, il vend le même immeuble à un tiers, puis il confirme la vente faite en minorité. Est-ce que cette confirmation rétroagira à l'égard du second acquéreur? Non, car si elle rétroagissait, elle enlèverait au second acquéreur le droit que le mineur lui a concédé; or, la confirmation ne peut pas préjudicier aux tiers, dit l'article 1338.

Cette restriction que la loi fait à l'effet rétroactif de la confirmation est fondée en droit et en équité. Confirmer, c'est renoncer; or, nous pouvons bien renoncer à nos droits, mais nous ne pouvons pas renoncer aux droits des tiers. La question est donc de savoir si la convention faite avec le tiers avant la confirmation lui a donné un droit que la confirmation ne peut lui enlever. Dans l'exemple que nous avons donné, l'affirmative est certaine. Je vends un immeuble étant mineur; cette vente est nulle. Devenu majeur, je vends le même immeuble à un tiers. Comme vendeur je m'oblige à transférer la propriété à l'acheteur; pour la transférer je dois être propriétaire; je le suis en-

(1) Observations du Tribunat, n° 74 (Locré, t. VI, p. 136).

core si la vente que j'ai faite en minorité est nulle et si j'entends faire valoir cette nullité. Vendre l'immeuble à un tiers, après l'avoir vendu en minorité, c'est donc renoncer, à l'égard du tiers, au droit que j'avais de confirmer la vente ; donc je ne puis plus, à l'égard du tiers, confirmer la vente, car ce serait violer l'obligation que j'ai contractée, en vendant, de rendre le tiers acheteur propriétaire. Je suis encore libre de confirmer, car je n'ai pas renoncé au droit de confirmation d'une manière absolue, je n'y ai renoncé qu'en faveur du tiers acheteur. Si donc je confirme, après avoir vendu, la première vente faite en minorité, la confirmation sera valable, mais elle ne pourra pas être opposée au tiers. Ce que nous disons d'une vente s'applique à la concession de tout droit réel. Le principe est identique : il n'appartient pas à celui qui a conféré un droit sur une chose d'enlever ce droit acquis. La bonne foi et l'équité sont d'accord avec le droit. Quand je vends un immeuble que j'ai déjà vendu, je ne puis pas avoir l'intention de confirmer ensuite la première vente faite en minorité, ce serait une intention doleuse que l'on ne peut pas supposer au vendeur. La bonne foi se présume; on doit donc admettre que la vente faite en majorité implique la renonciation au droit que j'avais de confirmer la vente faite en minorité. On dira que c'est écarter la mauvaise foi en faveur du second acquéreur, pour en rendre victime le premier acheteur. Non, la première vente a été faite en minorité, donc par un incapable. S'il y a une faute à reprocher, c'est à celui qui a traité avec le mineur; et si le vendeur éprouvait un scrupule, il ne devait pas vendre la même chose en majorité. Il pourra encore donner satisfaction à ce scrupule en confirmant postérieurement, mais à condition de maintenir les droits du second acquéreur (1).

658. La jurisprudence a consacré ces principes. On lit dans un arrêt de la cour de Bruxelles que la confirmation ne peut enlever un droit acquis (2). Et quels droits

(1) Larombière, t. IV, p. 653 et suiv. (nº 58 de l'article 1338 (Ed. B. t. III, p. 141). Marcadé, t. V, p. 201, nº V de l'article 1338.
(2) Bruxelles, 6 mars 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p 346).

sont acquis, en ce sens que celui qui confirme ne peut pas les enlever? Un mineur émancipé vend, le 23 octobre 1806, assisté de son curateur, mais sans aucune autre formalité, divers immeubles à Pierre; le 12 novembre 1809, il vend ces mêmes biens à Paul, et le 14 novembre il confirme la vente qu'il avait faite en minorité. Cette confirmation rétroagit-elle au jour de la première vente? Dans ce cas, la seconde serait nulle, elle enlèverait donc au second acquéreur un droit qui lui est acquis; ce qui, d'après l'article 1338, ne peut être. Donc la confirmation ne doit pas rétroagir au préjudice du second acquéreur. Est-ce à dire que la première vente ne sera pas validée? Elle le sera à l'égard du vendeur, elle ne le sera pas à l'égard du second acheteur. Mais le second acheteur n'est-il pas un ayant cause du vendeur? La cour répond qu'en vendant à Paul, après sa majorité, les immeubles qu'il avait vendus à Pierre pendant sa minorité, il a cédé au second acquéreur ses droits et actions pour faire valoir la nullité de la première vente : sinon la seconde vente eût été dérisoire (1). L'explication n'est pas celle que nous avons donnée, et elle ne nous semble pas juste. Si le vendeur cédait son action en nullité, il ne pourrait plus confirmer la première vente; or, il est incontestable qu'il le peut. Mieux vaut s'en tenir au texte de l'article 1338 et dire que le mineur, en revendant en majorité, renonce au droit de confirmer la première vente au préjudice du second acquéreur; sans cette renonciation, la seconde vente serait dérisoire (2).

La cour de cassation de Belgique a jugé que la confirmation de l'obligation nulle consentie par le débiteur principal n'enlève pas à la caution le droit d'en opposer la nullité (3). Est-ce une application du principe posé par l'article 1338? La cour ne cite pas cette disposition; elle cite l'article 2036, aux termes duquel la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent

(1) Besançon, 17 juillet 1811 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 349, 2°).
(2) Cassation, 16 janvier 1837 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 364, 2°).
(3) Rejet, cour de cassation de Belgique, 18 novembre 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 1, 176).

au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette; le débiteur peut bien renoncer au bénéfice de ces exceptions en ce qui le concerne, il ne peut pas renoncer au droit de la caution; le cautionnement est nul, et la caution doit avoir le droit d'opposer la nullité de l'obligation qu'elle a contractée. Mais la caution ne pourrait pas se prévaloir de l'exception de minorité, car on peut cautionner la dette d'un mineur (art. 2012). La question se décide donc d'après les principes qui régissent le cautionnement. Dans l'article 1338, on suppose qu'il y a conflit entre deux droits concédés par la même personne sur la même chose. Ce conflit se vide par le principe que les droits acquis ne peuvent être enlevés par celui qui les a concédés.

659. En vertu de ce principe, il faut décider que la transmission de la propriété ou d'un démembrement de la propriété confère seule un droit acquis. Il n'y a donc que les tiers qui ont un droit réel qui puissent se prévaloir de l'article 1338. Les tiers créanciers chirographaires n'ont pas de droit acquis, donc à leur égard la confirmation rétroagit. Ils ne peuvent pas se plaindre qu'on leur enlève le droit de gage que la loi leur donne sur les biens de leur débiteur (art. 2093); car ce droit de gage n'est pas un droit réel, les créanciers n'ont pas de droit acquis sur les biens de leur débiteur; celui-ci peut aliéner ses biens, il peut donc leur enlever le droit de gage sur le bien qui a fait l'objet du contrat nul; partant il peut confirmer ce contrat sans porter atteinte à un droit acquis; ce qui rend l'article 1338 inapplicable (1). D'après le code civil, les créanciers ont seulement le droit d'agir en nullité quand le créancier fait un acte en fraude de leurs droits. On a demandé si les créanciers pouvaient attaquer la confirmation par l'action paulienne. L'affirmative n'est pas douteuse, l'article 1167 leur donne un droit général et absolu. Bien entendu qu'ils ne peuvent attaquer la confirmation pour cause de fraude que sous les conditions dé-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 588, n° 311 *bis* IV. Marcadé, t. V, p. 101, n° V de l'article 1338. Larombière, t. V, p. 646, n° 55 de l'article 1338 Ed. B., t. III, p. 141). Rejet, 8 mars 1854 (Dalloz, 1854, 1, 191).

terminées par la loi. Il a été jugé que les créanciers ne pouvaient pas demander la nullité de la confirmation dans une espèce où, lors de la confirmation, le débiteur était encore solvable, de sorte que la confirmation ne causait aucun préjudice à ses créanciers; or, la première condition requise pour qu'il y ait lieu à l'action paulienne est que l'acte attaqué comme frauduleux ait produit ou augmenté l'insolvabilité du débiteur (1).

D'après notre loi hypothécaire, les créanciers peuvent encore se prévaloir du défaut de transcription. Pour que l'acte confirmé puisse leur être opposé, il faut donc que cet acte ait été transcrit. Nous reviendrons sur le principe au titre des *Hypothèques*.

II. *Application du principe.*

1. DES NULLITÉS ABSOLUES ET RELATIVES.

660. Ceux qui ont un droit réel, objet de l'acte confirmé, ont seuls un droit acquis, à l'abri de la confirmation. En faut-il conclure que tous ceux qui ont un droit réel sont des tiers dans le sens de l'article 1338? Il y a des auteurs, et des plus considérables, qui distinguent entre les nullités absolues et les nullités relatives; ils enseignent que la confirmation, en cas de nullité absolue, ne rétroagit pas au préjudice des tiers, tandis que si la nullité est relative, la confirmation peut leur être opposée (2).

Merlin dit que lorsque l'acte est nul d'une nullité absolue, la loi le considère comme non existant; toute partie intéressée peut se prévaloir de la nullité, donc aussi celui qui acquiert des droits sur la chose qui fait l'objet de l'acte nul. Il n'en est pas ainsi des nullités relatives, lesquelles ne peuvent être invoquées que par celui dans l'intérêt duquel elles sont établies; les actes frappés d'une nullité relative existent donc et sont pleinement valables à l'égard de tous, sauf à l'égard de celui qui en peut de-

(1) Rejet, 8 mars 1854 (Dalloz, 1854, 1, 191).
(2) Toullier, t. IV, 2, p. 469, n° 523. Merlin, *Questions*, au mot *Hypothèques*, § IV, n°s 2, 6 et 7. Troplong, *Hypothèques*, n°s 493 et suiv.

mander l'annulation; celui qui acquiert un droit réel sur la chose ne peut se prévaloir de la nullité; donc l'acte confirmé peut lui être opposé. Telle est aussi l'opinion de Toullier, et elle a été adoptée par Troplong. A notre avis, elle est contraire aux principes qui régissent les nullités et la confirmation.

Il n'est pas exact de dire que l'acte nul d'une nullité absolue soit considéré par la loi comme non existant; si l'acte n'existait pas, on ne pourrait le confirmer, car on ne confirme pas le néant. Il est si vrai que cet acte existe, qu'il produit tous les effets d'un acte valable jusqu'à ce qu'il ait été annulé par un jugement. Il n'y a, sous ce rapport, aucune différence entre les nullités relatives et les nullités absolues. La seule différence qui existe entre ces deux espèces de nullité est que les unes ne peuvent être invoquées que par certaines personnes dans l'intérêt desquelles elles sont établies, tandis que les autres profitent à toutes les parties intéressées. Reste à savoir si ce caractère des nullités relatives exerce une influence sur la confirmation.

La théorie de la confirmation, telle qu'elle résulte du texte même de la loi, distingue entre les parties et les tiers. Libre au débiteur de confirmer l'obligation nulle qu'il a contractée, mais il ne le peut pas en enlevant aux tiers un droit que lui-même leur a concédé sur la chose qui fait l'objet de l'acte confirmé. Y a-t-il, sous ce rapport, une différence entre les nullités relatives et les nullités absolues? Non, certes. Quand un mineur devenu majeur aliène au profit d'un second acquéreur un bien qu'il a déjà aliéné en majorité, ne confère-t-il pas au second acquéreur un droit dans la chose, qu'il ne peut plus lui enlever? Le caractère de la nullité est ici hors de cause, c'est l'acte fait en majorité qui est décisif; or, cet acte, nous le supposons, est un acte translatif d'un droit réel, donc un acte qui donne au créancier un droit dont il ne peut être dépouillé par celui qui le lui a concédé. C'est donc la nature du droit concédé qu'il faut considérer, et non la nature de la nullité : celle-ci est tout à fait étrangère au débat.

661. Non, dit-on, elle est décisive, car la nullité ne

peut être invoquée que par celui dans l'intérêt duquel la loi l'a établie, donc par le mineur s'il s'agit d'un acte fait par un mineur; le tiers à qui le mineur a revendu en majorité l'immeuble qu'il avait vendu pendant sa minorité à un premier acquéreur ne peut opposer la nullité de cette première vente, le mineur seul pouvait le faire; or, il a renoncé à son droit en confirmant l'acte; personne, après cela, ne peut invoquer la nullité de la première vente : le premier acquéreur doit donc l'emporter sur le second en vertu de l'antériorité de son titre.

Cette argumentation repose sur une singulière confusion d'idées. Sans doute, la nullité des actes faits par le mineur est relative, mais en quel sens? L'article 1125 répond que les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur avec qui elles ont contracté. Or, quand le mineur devenu majeur confirme l'acte fait en minorité, s'agit-il de donner à la personne qui a contracté avec lui le droit de demander la nullité de l'acte? La question n'a point de sens. De quoi s'agit-il? Le mineur revend en majorité l'immeuble qu'il a vendu en minorité, puis il confirme la première vente. A l'égard de qui la confirmation a-t-elle effet? Peut-elle enlever au second acquéreur la propriété que le mineur lui a transmise? Telle est la vraie question. Elle se décide par le principe des droits acquis. Le second acquéreur est-il propriétaire? Comment en douter? Le vendeur a pu et dû lui transmettre la propriété; il a dû le faire, c'est son obligation de vendeur, il a pu le faire, car la première vente était nulle, et il peut renoncer au droit de la confirmer. En vendant, il y renonce nécessairement, sinon la vente serait illusoire. Voilà la théorie de la confirmation en ce qui concerne les tiers. Elle reçoit son application aux actes faits par le mineur comme à toute autre nullité.

662. On insiste et l'on dit que l'acte fait par le mineur pendant sa minorité n'est pas nul de plein droit; il est, au contraire, valable jusqu'à ce qu'il ait été annulé. Or, qui demandera la nullité? Ce ne sera pas le mineur, puisqu'il confirme; ce sera donc le second acquéreur; or, à lui on peut opposer que la nullité est relative. L'objection

tourne toujours dans le même cercle vicieux. On invoque le principe de la nullité relative; or, l'article 1125 qui le formule ne dit pas que le mineur seul peut attaquer l'acte, il dit seulement que celui qui a traité avec le mineur ne peut pas l'attaquer. Le mineur qui confirme ne peut plus agir en nullité, il renonce à ce droit; mais avant de confirmer, il a donné à un tiers un droit dans la chose; pour que ce droit soit valable, il faut que l'acte fait en minorité soit nul; donc le mineur lui-même se prévaut de la nullité en vendant, et il est obligé de maintenir cette nullité pour donner effet à l'acte qu'il a passé en majorité. En d'autres termes, il s'oblige envers l'acquéreur à se prévaloir de la nullité; si le second acheteur était actionné par le premier, il mettrait son auteur en cause, et celui-ci, malgré la confirmation, serait obligé d'opposer la nullité de la première vente; c'est donc toujours le mineur qui se prévaut de la nullité. Préfère-t-on l'explication donnée par la jurisprudence? Elle aboutit à la même conséquence. Le mineur, en revendant à un second acquéreur, lui cède son action en nullité; c'est donc comme cessionnaire du mineur que le second acheteur opposera la nullité, partant la confirmation n'est pas en opposition avec l'article 1125 (1).

663. La jurisprudence est divisée. Un arrêt de la cour de Douai rejette la distinction que Toullier et Merlin font entre les nullités absolues et les nullités relatives. L'arrêt dit avec raison que cette distinction est repoussée par les termes généraux de l'article 1338 : dès qu'il y a un droit acquis à un tiers, la loi le maintient contre la confirmation, sauf à donner effet à la confirmation entre les parties. La distinction est encore contraire à l'esprit de la loi; le Tribunat pose en principe que jamais les tiers ne peuvent souffrir de la confirmation; or, les tiers seraient lésés par la confirmation d'une nullité relative, aussi bien que par la confirmation d'une nullité absolue (2). Cela décide la question.

(1) Larombière, t. IV, p. 640, nos 1 et 2 de l'article 1338, p. 651-653 (Ed. B., t. III, p. 119). Marcadé, t. V, p. 100, art. 1338, n° V.

(2) Douai, 20 juin 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4562). Comparez Montpellier, 6 janvier 1866 (Dalloz, 1866, 2, 41).

La cour de Metz a consacré la distinction de Merlin. Quand un mineur contracte, dit la cour, il s'oblige véritablement; lors donc qu'il confirme, il confirme une obligation qui existe, partant elle doit rétroagir; tandis que les nullités absolues ne se couvrent pas par la confirmation véritable, une confirmation qui rétroagisse. La cour applique ce principe au cas où le tuteur non autorisé contracte pour le mineur; ce contrat, dit-elle, n'a aucun effet à l'égard du mineur, il ne doit pas en demander la nullité dans les dix ans; s'il confirme, il contracte une nouvelle obligation, car jusque-là il n'en existait point (1). A notre avis, toutes ces propositions sont erronées; il est inutile de le prouver, nous l'avons fait d'avance en exposant les principes qui régissent l'action en nullité.

2. HYPOTHÈQUES ET ALIÉNATIONS.

664. On fait une autre distinction. La plupart des auteurs admettent les principes que nous venons d'exposer dans leur application aux actes contenant aliénation; ils rejettent la distinction que Toullier et Merlin font entre les nullités absolues et les nullités relatives; la confirmation d'un vente ne rétroagit jamais au préjudice d'un second acquéreur. La raison en est, dit-on, que deux ventes d'une même chose ne peuvent coexister; si celle que le mineur fait en majorité est maintenue, celle qu'il a faite en minorité doit tomber; or, la loi la maintient puisqu'elle dit que la confirmation ne peut porter atteinte aux droits des tiers. Il n'en est pas de même des hypothèques; plusieurs créanciers peuvent avoir une hypothèque sur un même immeuble. Quand donc un mineur hypothèque un immeuble et que, devenu majeur, il hypothèque le même immeuble à un second créancier et qu'il confirme ensuite l'acte fait en minorité, les deux hypo-

(1) Metz, 2 avril 1824 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4557).

thèques sont valables, sauf que la seconde aura le second rang (1).

Cette distinction nous paraît tout aussi inadmissible que la première. Elle est contraire au texte de l'article 1338, ainsi qu'aux principes qui régissent la confirmation. Le texte du code maintient tous les droits acquis. Or, quel est le droit du créancier qui stipule une hypothèque d'un majeur, alors que l'immeuble est grevé d'une hypothèque nulle consentie par un mineur? Entend-il acquérir une seconde hypothèque? Non, certes, car il faut supposer que l'immeuble n'a pas une valeur suffisante pour garantir les deux créances, sinon il n'y aurait pas de conflit, donc pas de question. Le droit acquis au créancier est donc une hypothèque de premier rang; voilà le droit que l'article 1338 maintient. On peut appliquer à celui qui consent en majorité une seconde hypothèque, après en avoir consenti une première en minorité, tout ce que nous avons dit de la seconde aliénation qu'il ferait. En consentant la seconde hypothèque, il entend accorder une garantie sérieuse; pour qu'elle le soit, il faut qu'il renonce au droit qu'il a de confirmer, au préjudice du nouveau créancier hypothécaire, l'hypothèque concédée en minorité. Le principe étant le même, la conséquence doit être identique : la loi veut que l'on respecte les droits acquis, et le second créancier a un droit acquis (2).

La jurisprudence est divisée, bien qu'elle tende à se prononcer en faveur de l'opinion que nous avons adoptée. Elle offre, du reste, peu d'intérêt en cette matière, car c'est à peine si l'on peut dire que les arrêts sont motivés (3).

663. M. Colmet de Santerre fait une autre distinction. C'est une question d'intention, dit-il. Il faut voir ce que veulent les parties lorsque le second contrat intervient.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 270, note 31, § 266, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Larombière, t. IV, p. 649 et suiv. (Ed. B., t. III, p. 141).

(3) Nancy, 1er mai 1812. Paris, 23 juillet 1838; Douai, 18 mars 1840 (Dalloz, au mot *Hypothèques*, n° 1234). En sens contrire, Paris, 15 décembre 1830 (Dalloz, *ibid.*, n° 1235).

Supposons que ce soit une hypothèque : si le nouveau créancier veut se contenter d'un second rang, rien n'empêchera le débiteur de confirmer l'hypothèque consentie en minorité avec effet rétroactif; il ne porte pas atteinte à un droit acquis, puisque, dans l'intention des parties contractantes, le second créancier n'a qu'une hypothèque de second rang (1). Cela est incontestable, s'il y a une convention en ce sens; mais aussi, dans cette hypothèse, il n'y aura jamais de contestation, puisque la question est décidée d'avance. La difficulté ne se présente qu'en l'absence de toute convention, et alors ce n'est plus une difficulté de fait, c'est une difficulté de droit; il s'agit de savoir si le second créancier est un tiers, s'il a un droit acquis à une hypothèque de premier rang. La question reste donc entière.

666. Nous avons supposé une hypothèque consentie par un mineur. La même question peut se présenter pour les autres incapables; les principes sont identiques. Si la femme, après avoir consenti une hypothèque sans autorisation, concède une nouvelle hypothèque sur le même immeuble, après la dissolution du mariage, et confirme ensuite la première, la confirmation ne rétroagira pas au préjudice du second créancier (2).

667. Il va sans dire que si les hypothèques nouvelles sont consenties après que les premières ont été confirmées, les nouveaux créanciers seront primés par les premiers; en effet, dans ce cas, ceux-ci auront un droit acquis en vertu de la confirmation, droit que de nouvelles concessions hypothécaires ne peuvent pas leur enlever. Il faut supposer naturellement que les premières hypothèques ont été inscrites; cette inscription vaudra à partir du jour où elle aura été prise si l'hypothèque est confirmée. Le créancier n'a pas besoin de prendre une nouvelle inscription, car il n'acquiert pas un nouveau droit; c'est son droit primitif qui se trouve validé et la confirmation de l'hypothèque vaudra confirmation de l'in-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 587, n° 311 *bis* II et III.
(2) Comparez Rejet, 24 janvier 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4559).

scription. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et nous n'y voyons pas le moindre doute (1).

668. Il y a une question préliminaire qui est douteuse. Peut-on confirmer une hypothèque nulle en la forme? ou faut-il appliquer à l'hypothèque, qui est un contrat solennel, ce que l'article 1339 décide de la donation : nulle en la forme, doit-elle être refaite en la forme légale? Nous traiterons la question au titre des *Hypothèques*.

(1) Rejet, chambre civile, 25 novembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 385).

FIN DU TOME DIX-HUITIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE IV. — DES OBLIGATIONS (SUITE).

CHAPITRE VII. — DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS (suite).

SECTION I. — *Du payement* (suite).

ARTICLE 3. Du payement avec subrogation.

§ 1er. *Notions générales.*

N° 1. But de la subrogation et fondement juridique.

N° 2. Subrogation et cession.

II. *Conditions.*

§ III. *De la subrogation légale.*

N° 1. Principes généraux.

N° 4. De la subrogation du n° 3 de l'article 1251.

Qui est subrogé?

1. Principe.

2. Applications.

N° 5. De la subrogation de l'article 1251, 4°.

§ IV. *Des effets de la subrogation.*

N° 1. Droits du subrogé.

I. *Principe.*

II. *Exceptions.*

III. *Effet de la subrogation à l'égard des cautions et des tiers détenteurs tenus hypothécairement à la dette cautionnée.*

IV. *Effet de la subrogation entre les tiers détenteurs.*

V. *Le subrogé peut-il céder ses droits?*

N° 2. Effet de la subrogation à l'égard du créancier.

ARTICLE 4. Des offres de payement et de la consignation.

§ Ier. *Notions générales.*




Digitized by Google

N° 2. But et effets de la cession.

§ II. *De la cession volontaire.*

N° 1. Conditions.

N° 2. Effets de la cession.

§ III. *De la cession judiciaire.*

SECTION II. — *De la novation.*

ARTICLE 1. Notions générales.

§ Ier. *Conditions requises pour toute novation.*

N° 1. Une première obligation.

I. *De l'obligation inexistante.*

II. *De l'obligation annulable.*

III. *De la dette conditionnelle.*



SECTION IV. — *De la compensation.*

NOTIONS GÉNÉRALES.

ARTICLE 1. De la compensation légale.

§ Ier. *Conditions.*

N° 1. Dettes fongibles.

N° 2. Dettes liquides.

I. *L'existence de la dette doit être certaine.*

II. *Du montant de la dette.*

N° 3. Dettes exigibles.



N° 4. Dettes personnelles aux deux parties.

I. *Principe.*

II. *Conséquences du principe.*

N° 2. Conditions de la reconvention.

SECTION V. — *De la confusion.*

§ I[er]. *Notions générales.*

§ II. *Conditions.*

§ III. *Des cas dans lesquels il y a confusion.*

SECTION VII. — *De l'action en nullité ou en rescision des conventions.*

ARTICLE 1. Notions générales.

§ Ier. *Y a-t-il une différence entre l'action en nullité et l'action en rescision?*

§ II. *Des obligations annulables.*

§ III. *De la rescision pour cause de lésion.*

N° 1. Des mineurs. Principes généraux.

N° 2. Des exceptions.

N° 3. Effet de la rescision

§ IV. *Des actes annulables.*

Article 2. De la confirmation.

§ Ier. *Notions générales.*

§ II. *Quelles obligations peuvent être confirmées?*

No 1. Principe.

No 2. Application du principe.

I. *Des obligations naturelles.*

II. *Des obligations sans consentement.*

III. *Des obligations sans cause ou sur une cause illicite.*





N° 2. A l'égard des tiers.

I. *Principe.*

II. *Application du principe.*

1. Des nullités absolues et relatives.

2. Hypothèques et aliénations.



